جامعة الجزائر (يوسف بن خدة)

كلية الحقوق (بن عكنون)

سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري

(دراسة مقارنة)

أطروحة علمية لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام

من إعداد:

تحت إشراف:

الطالب/سعيد عبد الرزاق باخبيره **الأستاذة الدكتورة/ سعاد الغوثي**

لجنة المناقشة:

1 ـ .... رئيسا

2 ـ الأستاذة الدكتورة/ سعاد الغوثي.. مشرفا ومقررا

3 ـ .... عضوا

4 ـ .... عضوا

5 ـ .... عضوا

السنة الدراسية الجامعية: **2007 - 2008**

الإهداء

إلى والدي مع حبي واحترامي وتقديري

شكر وتقدير

أداء لواجب الوفاء .. أتقدم بالشكر وخالص الود وجميل التقدير للأستاذة الدكتورة/ سعاد العوفي التي أشرفت على هذه الأطروحة ، وأسهمت في توجيهها ورعايتها حتى قدر لها أن ترى النور.

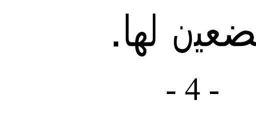
المقدمة

من المستساغ تقبل أن مفهوم ودور الدولة قد تغير وتبدل على مدى التاريخ الإنساني، وهو في حراك مستمر بالنظر إلى المتغيرات والتطورات المتلاحقة التي تواكب التحولات الاجتماعية والاقتصادية الكبرى للشعوب. وأن الدولة تظل في ظل هذه العملية محتفظة بجوهرها الرئيس المتمثل في رعاية شؤون الجمهور، وأقله في المجالات الرئيسة التي لا غنى عن الدولة فيها وذلك بغض النظر عن انكماشها حينا وامتدادها حينا آخر، وبصرف النظر عن تلك الرؤى والأفكار، التي تظهر ما بين الحين والآخر هنا أو هناك، وتلك المدارس والنظريات التي قيلت وستقال بصدد مفهوم الدولة ودورها ومهامها.

والواقع أنه يقع على عاتق السلطة التنفيذية مهام كبيرة وجسيمة في إطار تركيبة الدولة جنبا إلى جنب سلطات الدولة الأخرى. غير أن إدارة المشروعات الاقتصادية والاجتماعية الكبرى تظل من اختصاصها هي من دون سواها، لاسيما عندما تمارس وظيفتها الإدارية في سبيل رعاية مصالح الجمهور، وتنمية مقدراته التنموية الشاملة.

والحقيقة أن الإدارة العامة في أثناء إدارتها للمرافق العامة، تستغل كل ما يمكن استغلاله خدمة للأهداف النبيلة في رعاية المجتمع، فتلجأ لاستخدام كل الوسائل والطرق والأساليب التي يمكنها القانون، ويتيح لها استعمالها.

ومن بين تلك الوسائل والتصرفات القانونية، كان لها - ومنذ زمن بعيد - أن تتخذ من طريق الأوامر والإلزام سبيلا في فرض إرادتها المنفردة، وذلك بإصدار القرارات الإدارية التي تعد من أنجع أساليب القانون العام، التي تتسلح بها الإدارة لأداء واجباتها وفي أداء مهامها وفي ترتيب الالتزامات في ذمة الأفراد الخاضعين لها.



وكذلك فإن أسلوب التعاقد، كان هو الآخر أحد الأساليب التي لجأت إليـها - ومازالت - الإدارة لاسيما عندما تكشفت الأمور عن عدم قدرة وسيلة القرار الإداري وحدها علـى تلبيـة الأهداف المنشودة، كونها - القرارات - تقوم في الأساس على عنصر الإلزام والفرض مـن جانب واحد، وثمة من المشروعات والموضوعات مما لايمكن تنفيذها إلا باتفاق عناصر العلاقة جميعا، وتعاونهم في إدارة النشاط الاقتصادي والخدماتي لمرافق الدولة العامة. لذلك كان علـى الإدارة أن تنفض عن نفسها وتخلع ثوب السلطة العامة - في حدود معينـة - وتتعامـل مـع الأفراد بطريقة تعامل بعضهم ببعض، وذلك إذا ما قدرت أن طريقة الاتفاق أفضل في تحقيـق أهدافها، وأنها لا تستطيع إجبارهم على تقديم المعونة وأداء الخدمات، علما بأن الجهات الإدارية المختلفة كثيرا ما تتبادل الخدمات والسلع فيما بينها بطريق الاتفاق الودي.

غير أن التعاقد المدني مع الأفراد والشـركات، سـواء الوطنيـة أو الأجنبيـة[1](متعـددة الجنسيات) الذي يجد تنظيمه في مبادئ وقواعد القانون الخاص[2]ليس هـو الطريـق الاتفـاقي الوحيد الذي تستطيع الإدارة اللجوء إليه. ذلك أنه ما إن ازداد التعاقد المـدني فـي تصـرفات الإدارة نتيجة للتطورات الاجتماعية والاقتصادية، حتى ظهرت بعض الصعوبات والمشـكلات الحقيقية الناتجة عن عجز هذا الأسلوب لوحده في تلبية متطلبات المرافق العامة، فالعقد شريعة المتعاقدين ولا ينبغي لأحد أطرافه أن ينفرد بتعديله أو بفسخه ...إلخ.

---

(1) وقد عد عامة الفقه، مشاركة الأفراد والشركات الأجنبية أحد أسباب ازدياد أهمية لجوء الإدارة لأسـلوب العقد، كون الأجنبي لا يخضع للقرارات الإدارية بالصورة التي يخضع لها مواطنيها.

(2) مع أننا لسنا مع تقسيم القانون إلى حد الفصل التام بين فروعـه إلا لأسـباب أكاديميـة؛ إذ إن القاعـدة القانونية جوهرها واحد ووظيفتها واحدة في ضبط العلاقات الاجتماعية القائمة وتنظيمها.

لذلك في ظل ظروف تاريخية معينة، ولدت فكرة التعاقد الإداري على أيدي القضاء الإداري الفرنسي، الذي أخذ يوسع منها شيئا فشيئا حتى صارت نظرية متماسكة، وأضحت العقود الإدارية بمقتضاها أحد الوسائل التعاقدية القانونية، التي تستطيع الإدارة استعمالها في أثناء تسيير مرافقها العامة بالصورة التي تظهرها بمظهر السلطة العامة، إذ إنها مقاسة على أوضاعها وظروفها. مما يعني أنه من المسلمات في الوقت الحاضر، أن العقود التي تستطيع الإدارة إبرامها ليست من طبيعة واحدة،ولا تخضع لنظام قانوني واحد؛ بل إنها تنقسم إلى فئتين:

أولاهما: عقود الإدارة المدنية، التي تخضع لقواعد القانون الخاص، وتعامل معاملة العقود المدنية التي يبرمها الأفراد فيما بينهم.

وأما الفئة الثانية: فإنها تخضع لقواعد استثنائية من هذا القانون، ويطلق عليها عبارة العقود الإدارية.

وترجع أهمية التفرقة بينهما إلى نقاط متعددة؛ أهمها أن الطائفة الأولى من عقود الإدارة يختص بنظرها والفصل في المنازعات التي تنشئ عنها جهة القضاء العادي. بينما يختص القضاء الإداري - لاسيما في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج - بنظر منازعات العقود الإدارية، وتتوخى الإدارة بها دائما تحقيق الصالح العام على أساس أنها هي المسؤولة عن إدارة المرافق العامة، ومن ثم فإن قاعدة عدم المساواة هي التي تهيمن على العقود الإدارية على العكس تماما مما تتصف به عقود الإدارة المدنية.

وتبعا لذلك، جاء في تعريف العقد الإداري في أحكام ومقررات القضاء الإداري أنه: "العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره، بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوحدة المصلحة العامة، وتأخذ فيه بأسلوب القانون العام بما

تضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص"[1].

ويذكر أن التمييز بين كل من عقود الإدارة المدنية وعقودها الإدارية، يصعب في بعض الأحوال، إلا أنه يستفاد من تعريف القضاء الإداري للعقد الإداري - المذكور أعلاه - المؤيد فقهيا على نطاق واسع، في أنه وضع معيار محدد كي يتصف العقد بالصفة الإدارية، ويشترط في ذلك ما يأتي:

1 - أن يكون أحد أطراف العقد، أحد أشخاص القانون العام.

2 - أن يتصل العقد بنشاط المرفق العام الذي تتولى رعايته الإدارة العامة.

3 - أن تأخذ الإدارة فيه بأساليب القانون العام، وذلك بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في مبادئ القانون الخاص.[2]

وحتى لا نجافي الحقيقة، فقد دار - ومازال - جدل فقهي واسع بصدد هذه العناصر وأيها صالح كمعيار حقيقي وفعال في إعطاء الطابع الإداري للعقد، وتمييزه عن غيره من العقود؛ لاسيما بين أنصار فكرة المرفق العام، وأنصار السلطة العامة الذين يرون أن فكرة المرفق العام لم تعد تنتج أثرها القانوني، ومن ثم فإن العنصر الثالث (الشروط الاستثنائية غير المألوفة في مبادئ القانون الخاص) كافية لوحدها في تمييز العقد الإداري[3].

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1988/06/11، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة، مجموعة السنة 33، رقم 269، ص 1701؛ وحكمها الصادر في 1989/02/18 المجموعة، السنة 34، بند رقم 87، ص 568.

(2)De laubadère (André),Traité théorique et pratique des contrats administratifs,Tome 01,02,03, Paris, 1956, librairie générale de droit et de jurisprudence. p. 77.

(3) سيأتي الحديث عن فكرتي المرفق العام والسلطة العامة تفصيلا، ضمن دراسة الأساس القانوني لسلطة

وأيا كان الخلاف في الفقه حول أسبقية فكرة المرفق العام، أو فكرة الشروط الاستثنائية التي يقول بها أنصار فكرة السلطة العامة في تمييز العقد الإداري، أو وجوب تحقق المعيارين معـا؛ فلاشك في رأينا أن الصلة بين العقد والمرفق العام تعد أساسا في تعريف العقد الإداري.

ويجب ألا يغرب عن البال، أن بعض عقود الإدارة هي دائما عقود إداريـة بتحديـد مـن القانون، حيث عد المشرع الفرنسي - مـثلا - مـن العقـود الإداريـة "صـفقات الأشـغال العمومية les marchés de travaux publics وعقود بيع أملاك الدولة وعقود بيع الأمـلاك العقارية للدولة les contrats de vent de biens immobiliers de l'Etat بموجب قـانون 28 بليفيوز للعام الثامن loi du 28 pluviose an VIII إذ نصت المادة(04) منه: أن جميـع المنازعات التي تنشأ بمناسبة عقود الأشغال العمومية هي مـن اختصـاص مجـالس الأقـاليم les conseils de préfectures. وعقود القروض العمومية للدولة بموجب القانون المـؤرخ في 17 جويليه 1790 والقانون المؤرخ في 26 سبتمبر 1793...الذي يمنح المنازعات المترتبة عنه إلى مجالس الأقاليم"[1]. وكذلك مما جاء في القانون رقم 09 لسنة 1949 أحد قوانين تشكيل مجلس الدولة المصري، الذي أعطى المشرع بموجبه الحق لمحكمة القضاء الإداري بالنظر في المنازعات المتعلقة بعقود التزام المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة، وعقود التوريد.[2]

= الإدارة الجزائية، إذ إن انعكاسات هذا النزاع قد عكس نفسه على مختلف موضوعات العقد الإداري؛ بـل بالأحرى على موضوعات القانون الإداري عامة.

(1) ناصر لباد، القانون الإداري Le droit administratif، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى 2004، ص 390.

(2) المادة (05) من هذا القانون.

ومع عدم التقليل من شأن عقود الإدارة بتحديد من القانون (المعيار التشريعي)، فإننا نـرى أن الفيصل في تحديد العقد الإداري وتمييزه عن غيره من العقود، إنما يكمن فيما حدده القضاء الإداري، وأيده الفقه على النحو المشار إليه أعلاه؛ إذ إنها عناصر قيام العقد الإداري التي مـن دونها لا يمكننا الإشارة إلى العقد بأنه عقد إداري، وهي شروط معيارية تظـل قائمـة عنـدما لايوجد دليل تشريعي يدلنا إلى العقود الإدارية بتحديد القانون، علما بأننا لم نجد تعريف كامـل وواضح للعقد الإداري في التشريع المقارن.

ونظرا لأن موضوعنا يفترض أننا إزاء عقد إداري قد تحددت ملامحه بالفعل، فإنه ليس من أغراض هذه الرسالة الاسترسال في شرح شروط العقد الإداري، أو دراسة المعايير التي قيلت بصدد تحديد وتمييز العقد الإداري، لذلك نحيل في شرح شروط العقد الإداري ومعايير تمييـزه إلى مؤلفات الفقه الإداري، التي عالجت هذه الموضوعات باستفاضة.(1)

غير أن من مهام رسالتنا، التأكيد على أن النتائج التي خرجت بها الدراسات السـابقة فـي مجال العقد الإداري قد أفضت إلى نتائج مهمة، أهمها أن العقد الإداري شأنه شأن بقية عقـود القانون الخاص، وأنه يتلاقى معها من حيث أركان قيامه، إذ هو عقد بالمعنى الصحيح. إلا أنـه

---

(1) Pequignot (G.), Théorie générale du contrat administratif, thèse ,Montpellier,Paris 1945.

وكذا سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية"دراسة مقارنة"، مطبعة جامعة عـين شـمس، الطبعـة الخامسة،1991. ثروت بدوي، "المعيار المميز للعقد الإداري"، مقال منشور في **مجلة القـانون والاقتصـاد** سبتمبر ـ ديسمبر 1957، السنة 27، العددان 03، 04. وكذلك شريف بن ناجي، محاضرات عن الصـفقات العمومية لطلبة الماجستير 2006 ـ 2007، كلية الحقوق (بن عكنون) جامعة الجزائر، محاضـرات غيـر مطبوعة؛ والأخير فضلا عن تعرضه للمعايير بصفة عامة، فإنه تطرق كذلك إلى معنى الصفقات العموميـة وتطورها، وفي ارتباطها بمعنى وتعريف العقد الإداري.

يتميز بسمات وخصائص لا مثيل لها في مبادئ القانون الخاص، وبذلك كشفت النقاب عن جوهر العقد الإداري وطبيعته الذاتية التي تفترض دوما اتصاله بنشاط المرفق العام، وتضمنه لشروط استثنائية غير مألوفة في العقود الأخرى، ذلك أن الهدف من إبرام الإدارة للعقد الإداري في أثناء ممارستها لنشاطها الإداري، لا يكون بقصد تحقيق ربح مالي كما هو في عقود القانون الخاص، بقدر ما يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة وتسيير مرفق عام لسد حاجة المواطنين، ومن ثم ليست التزامات أطرافه على قدم المساواة.

وتبدو في نظرنا عدم المساواة لمصلحة الإدارة حين تنفيذ العقد الإداري، كونها تجسد خصائص العقد الإداري ومميزاته عن غيره من العقود، مقارنة بمرحلة إبرامه[1]، حيث تتضاءل قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) في ظل مرحلة التنفيذ، نظرا لما تمتلكه الإدارة من امتيازات سلطوية متنوعة، لا مثيل لها في النظام القانوني المقابل. فللإدارة حق مراقبة تنفيذ العقد وتوجيه الأوامر للمتعاقد معها، وحق تعديل العقد بالإرادة المنفردة، وحق إنهاء العقد وإلغائه لدواعي المصلحة العامة، فضلا عن سلطتها في توقيع الجزاءات حين يخل ذلك المتعاقد بالتزاماته التعاقدية.

وقد لاحظنا أن امتياز المبادرة وامتياز التنفيذ المباشر في مجال تنفيذ العقد الإداري، يظهر بوضوح في أثناء استعمال الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاءات، إذ تستطيع فرضها بإرادتها المنفردة من دون ضرورة لاستصدار حكما قضائيا، كما هو متعارف عليه في نظام الجزاءات لعقود القانون الخاص. وهي بذلك سلطة خطيرة جدا على المتعاقد مع الإدارة، لاسيما إذا

---

(1) لذلك تخرج مرحلة إبرام العقد الإداري كلية من موضوع رسالتنا.

أساءت الإدارة استخدامها، أو تعسفت في استعمالها، أو مارستها على وجه غير مشروع.

غير أنها بذلك تمثل إحدى العلامات البارزة التي تميز العقد الإداري، التي لا وجود لها في عقود القانون الخاص بفروعه المختلفة، ويمثل وجودها أحد الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقود الأخرى، التي يكفي وجودها في العقد لطبع هذا العقد بطابع العقد الإداري.

وفي الحقيقة أن جملة التساؤلات التي تدور في هذه السلطة وتثيرها **إشكالية بحثها**، تجعل من الاهتمام بها ودراستها هدفا لأي باحث؛ ولعل أهم جوانب هذه الإشكالية تدور **في معرفة مفهومها الكامل ومعناها، وفي أهمية وجودها في واقع التطبيق العملي، وفي كيفية الموازنة بين الاعتراف للإدارة بممارستها بالإرادة المنفردة، وبين حقيقة إن العقد الإداري عقد بالمعنى الصحيح شأنه بقية العقود التي تقوم على التراضي بين أطرافه؟ وما هو الأساس القانوني الذي يمكن رد هذه السلطة إليه؟ وهل هي سلطة مطلقة أم مقيدة؟ وما هي الضوابط القانونية التي تحكمها وتحدد نطاقها وحدودها؟ وكيف يمكن فهم علاقتها ببقية سلطات الإدارة الأخرى في أثناء تنفيذ العقد الإداري؟ ثم ما هي الجزاءات التي تتفرع عنها في واقع العمل التطبيقي؟ وهل تمتلك الإدارة هذه السلطة في العقود الإدارية كافة، أم أنها محدودة وتقتصر على عقود معينة؟ وما هي خصائصها التي تتمتع بها؟ وأخيرا وليس بآخر، هل يجري إعمالها على نطاق واسع في الدول المقارنة، ومؤيدة تشريعيا وقضائيا وفقهيا أم أنها محط نظر؟**

وحدود إشكاليتها تستلزم فيما يبدو دراستها على مختلف الأصعدة، لاسيما في التشريعات المختلفة ذات العلاقة، وفي مقررات القضاء الإداري، وفي مكتبات الفقه الغنية بالدراسات الخصبة، وهو الأمر الذي يثير في الغالب فضول الباحثين ويحفزهم إلى اقتفاء أثر المعلومة

المطلوبة أينما توجد، وكل ذلك بهدف حصر المشكلة وتحديدها.

لذلك فقد وجدت نفسي أمام موضوع حيوي ومهم، ذلك أن **سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقـد الإداري** موضوع يستحق الدراسة والاهتمام، وقد وقع اختياري عليه ليكون محـلا للبحث الذي أتقدم به للحصول على شهادة (الدكتوراه).

وأهم دواعي اختياري هذا، تكمن في العديد من الاعتبارات والأهداف القانونية والعملية في آن واحد، نبينها في الآتي:

1 ـ ندرة الدراسات القانونية المتخصصة التي تناولت موضوع سلطة الإدارة الجزائية فـي أثناء تنفيذ العقد الإداري، فهي وإن كانت قليلة ونادرة جدا في الجزائر فهي بامتياز أول دراسة قانونية في بلادي اليمن. وذلك مقارنة بالدراسات المتعلقة ببقية سلطات الإدارة في أثناء مرحلـة تنفيذ هذا العقد؛ بل موضوعات العقد الإداري عامة.

2 ـ سلطة الإدارة الجزائية من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة فـي أثنـاء تنفيـذ العقـد الإداري، وترجع مبادئ تنظيمها وأحكامها في مجموعها إلى عمل مجلـس الدولـة الفرنسـي تحديدا، وإلى مجلس الدولة المصري ـ وغيره ـ الذي لم يقتف مسلك سابقه فقط وإنمـا قـدم بعض الإسهامات المهمة في هذا المجال، مما يعني أنها قضائية في الأساس. ومع أن الفقه قـد بذل كل غال ورخيص في سبيل جمع هذه المبادئ وحفظها وتدوينها وتحليلها والتعليـق عليهـا ومقابلتها مع قواعد القانون المدني ثم باستخلاص مقومات وعناصر تمييزها. غيـر أنهـا وإن كانت نظرية قائمة ومستقلة، فهي بتأكيد الفقه ذاته، مازالت تحتاج إلى المزيد من ترتيب مبادئها وبيان أسسها وجعلها في صورة نظرية قانونية عامة، ومن هنا تأتي أهمية دراستها أيضا.

3 ـ من شأن هكذا دراسة أن تساهم في إيجاد نوع من التوفيق والتوازن بين المصلحة العامة

ومصلحة المرافق العامة التي تقتضي الاعتراف للإدارة بسلطة توقيع الجزاء بالإرادة المنفـردة وبين مصلحة الشريك في العلاقة التعاقدية في العقد الإداري التي تقتضي المحافظة على حقوقه. فإذا كانت طبيعة العقد الإداري تتصل بالضرورة بنشاط المرفق العام وتستهدف المحافظة على دوام انتظامه ومن ثم تغليب المصلحة العامة، فإن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال التضحية على وجه كامل بحقوق المتعاقد معها لاسيما إذا أساءت في استعمال هـذه السـلطة. وبعبـارة أخرى، فإنه من أهداف الدراسة إبراز الطابع الاستثنائي لسلطة الإدارة الجزائية، من حيـث إن الإدارة لا تستعملها إلا عندما يبدر من المتعاقد ما يستوجب ممارستها، وفي ظل ضوابط وقيود محددة، ومن ثم المساهمة بإزالة التخوفات والشوائب التي طالما قد علقت في ذهن - بعض - الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية.

4 - لئن كان التشريع الحديث في الدول المقارنة - وغيرها - لاسيما المـنظم للصـفقات العمومية والمناقصات والمزايدات، قد تناول العديد من أحكام وقواعـد تنظـيم سـلطة الإدارة الجزائية؛ إلا أنه يلاحظ وجود بعض الثغرات والنواقص التشريعية التي تحتاج إلى إعادة نظـر ومن ثم تعديلها بما يتناسب مع مبادئ وأحكام وقواعد هذه السلطة التي بات جزء كبيـر منهـا مسلم به وعلى نطاق واسع.

5 - ثمة العديد من المستجدات التي طرأت في الوقت الحاضر، وتستدعي من وجهة نظرنـا القيام بمثل هذه الدراسة. ذلك أن من بين المتغيرات ما يعتقد أنها ستؤثر فـي مفهـوم الدولـة ودورها القيادي في المجتمع مما قد ينعكس على أهمية وخصوصية العقد الإداري، ومن بينهـا اتجاه الدول لاسيما دول العالم الثالث نحو الانفتاح الاقتصادي وتشجيع الاستثمارات الخاصة في مجال التنمية الاقتصادية، وكذلك سياسة الخصخصة التي باتت تغزو خطط الـدول وأضـحت

إحدى النغمات القوية في الوقت الحاضر، فضلا عن تهافت الدول إلى الـدخول فـي اتفاقيـة التجارة العالمية (الجات). ولطالما تعلق موضوع العقد الإداري بسلطة الإدارة الجزائية، إذ هي معادلة واجبة التسليم فكلما ازداد الاهتمام باللجوء إلى اسـتخدام العقـد الإداري فـي النشـاط الاقتصادي والاجتماعي ازدادت أهمية هذه السلطة، ومن ثم فإن استيعاب النظام القانوني العـام لسلطة الجزاء لهذه المتغيرات، من شأنه المساهمة في دحض محاولات التشكيك التي تظهر هنا أو هناك والقائلة بعدم قدرة نظام العقود الإدارية على مواكبة المستجدات المعاصرة.

6 ـ من شأن النتائج التي ستتمخض عن الدراسة فضلا عن إغنائها المكتبة القانونية بدراسة متواضعة جديدة، المساهمة في عملية مكافحة الفساد الإداري المستشري فـي النظـام الإداري لبعض الدول، من خلال الكشف عن الثغرات القانونية في التشريع التي تعد أحد عوامل ومداخل هذا الفساد، علما أن من بين ما يتفرع عن هذه السلطة، سلطة توقيع الجزاءات المالية التي يعتقد بأنها أحد أهم مكامن فساد رجل الإدارة، لاسيما عندما يتجاهل فرضـها بالصـورة القانونيـة الصحيحة.[1]

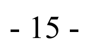
وعطفا على ما تقدم، فقد آثرنا في **منهجية الدراسة،** أن نعتمد علـى مختلـف الأسـاليب والطرق المنهجية التي عادة ما تستخدم في الموضوعات القانونية المشابهة. ولعل أهمها أسلوب **البحث التحليلي** لما له من قدرة مشهود لها في مجال الدراسات القانونية، ولكون غالبية مبـادئ

---

(1) تعالت في الآونة الأخيرة الأصوات المنادية بمكافحة الفساد لاسيما في الـيمن، وبخاصـة فـي مجـال الجزاءات المالية نتيجة لظاهرة تجاهل بعض الإدارات عن فرض غرامة التأخير على الشركات التي تعجـز عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية. وهو الأمر الذي دفع البرلمان اليمني للتصديق سريعا علـى الاتفاقيـة الدوليـة لمكافحة الفساد. علما أن الصحف اليمنية لا تخلو أعدادها من الإشارة إلى الموضوعات المتعلقة بالفساد.

وأحكام وقواعد سلطة الإدارة الجزائية تنظمها في الأصل نظرية قضـائية صـاغها القضـاء الإداري الفرنسي، مما يقتضي دراستها وتحليلها. وقد وظفناه بدءا بدراسة المسلمات والبديهيات التي تقررت في مجال تنفيذ العقد الإداري عامة، ودائرة استعمال سـلطة الجـزاءات خاصـة وذلك بتحليل الأسس والمبادئ العامة التي تقوم عليها هذه السلطة، مرورا باسـتنباط علاقتهـا بغيرها من النظم القانونية لاسيما نظام الجزاء في عقود القـانون الخـاص، وكـذلك علاقتهـا بسلطات الإدارة الأخرى، وانتهاء بالدراسة التحليلية المعمقة للجـزاءات التـي تتفـرع عنهـا ولخصائصها في كل نوع على حدة، وباستخلاص آثارها وأحكامها الخاصة. وسيلاحظ القارئ أننا اتبعنا أسلوب التدرج في سكب المعلومات، وقد انتقلنا بذلك من العام إلى الخـاص، كمـن يمكن أن يهبط من عالم المفاهيم إلى عالم الواقع التطبيقي. وكل ذلك مع عـدم إهمالنـا لأدوات **المنهج الاستقرائي**، التي اقتضت الحاجة إليه في بعض نواحي الدراسة.

وحتى لا نطير شعاعا في هذه الدراسة، وجدنا من الأهمية أن نستفيد من **المنهج التـاريخي** أيضا. إذ اعتمدنا على المدخل الزمني التقريري في البحث والرجوع إلى الماضي في مواضـع مختلفة، استنادا إلى حقيقة إن تطور نظرية الجزاءات في العقد الإداري سلسلة من الحلقات، لا يمكن فهم إحداها من دون سـابقتها، فضـلاعن أن ملاحظـة الماضـي - عنـدما تقتضـي الضرورة - تساعد على فهم الحاضر، وذلك بهدف الوصول إلى النتائج الصحيحة والحقـائق غير المبتورة. وعليه فإن اعتراف مجلس الدولة الفرنسي بسلطة توقيع الجزاء بالإرادة المنفردة للإدارة تتطلب لفهمها اليوم، أن نلم بظروف ووقائع نشوئها بالأمس. وعلى العموم لـم تتبلـور مبادئ وأحكام سلطة الإدارة الجزائية بصورتها الحالية، إلا في إطار مراحل معينـة اقتضـاها السياق التاريخي لتطور القضاء الإداري الفرنسي، وهي الصورة المثلى التي بلغ بها معنا هـذا

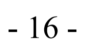


المنهج ذروته. وبعبارة أخرى، عندما تناولنا المراحل التاريخية التي مرت بها مبادئ وأحكـام هذه السلطة.

أما **المنهج المقارن** فقد كان له شأن خاص في رسالتنا هذه. حيـث تقـوم الدراسـة كمـا سيلاحظ القارئ - بوضوح تام - على المقارنة بين الأنظمة التشريعية والقضائية والفقهية في عدد من الدول التي تقر وتعترف بسلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، وتتقارب فيما بينها من حيث قواعد وأحكام الجزاءات الإدارية إلى حد كبير، مع بعض الاختلافات هنا أو هناك، وعلى وجه التحديد فرنسا ومصر والجزائر واليمن. ولقد حاولنا الاستفادة من وظـائف هذا المنهج كافة المتعارف عليها في مجال الدراسات القانونية المتخصصة، فلا نتـرك واحـدة منها إلا ونوجهها نحو مبتغانا وأهدافنا.

وإذ كانت نظرية الجزاءات في العقد الإداري، تدين بوجودها إلى القضاء الإداري الفرنسي فقد احتلت أحكام وقرارات مجلس الدولة الفرنسي مكانة الصدارة، فأصبحت عجلـة الاقتـران تدور حولها باستمرار كلما دعت الحاجة إلى ذلك وعلى نطاق الدراسة كاملة، سواء أكان ذلـك عند مقارنة أحكام القضاءات الأخرى بها، أو حينما نحاول معرفة مدى صحة بعـض الأفكـار والرؤى الفقهية الجريئة، أو عند تحليل واستنباط القواعد التشريعية بهذا الصدد.

ومما يستلزم الذكر والثناء في هذا المقام، ما قام به مجلس الدولة المصري من تقديم العديد من الإسهامات القضائية المهمة ذات الطابع القانوني، لاسيما عندما أوجد لنفسه تلك الخصوصية التي يلحظها أي قارئ أو باحث متخصص في هذا المجال، ومنها على سبيل المثال لا الحصر عندما انفرد واعترف بإمكانية إلغاء قرار الإدارة بالجزاء الفاسخ غير المشـروع فـي عقـود الأشغال العامة والتوريد على خلاف القضاء الإداري الفرنسي، كما سيأتي توضيحه وبيانها في



متن هذه الرسالة.[1]

وعلى صعيد **التشريع المقارن**، بذلنا جهدنا بداية باتجاه حصر التشـريعات الأسـاس ذات العلاقة المباشرة بتنظيم سلطة الإدارة الجزائية، ومن ثم قارنا بعضها ببعض، بقصد استخلاص رؤية المشرع المقارن، ومطابقتها مع الأحكام العامة لسلطة الجزاء، ومما نراه مطلوبـا لسـد الثغرات التشريعية ونواقصها واختلالاتها، من خلال إفادة كل منهم للآخـر وتكملـة بعضـها ببعض، للخروج في آخر المطاف بنظرة قانونية عامة في هذا الصدد. وتتمثل تلك التشـريعات على الخصوص في تشريعات الصفقات العمومية والمناقصات والمزايـدات النافـذة، ودفـاتر الشروط الإدارية العامة المعمول بها، إذ لوحظ أن "المشرع الفرنسي قد نظم مجمـل القواعـد والأحكام المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية في التشريعات المنظمة للصفقات العمومية، ومنها على سبيل المثال القانون الصادر بالمرسوم 64 ـ 229 الصادر في 1964/07/17، الذي خضـع لتعديلات كثيرة من أحدثها على سبيل المثال المرسـوم بقـانون 334 ـ ـ 94 الصـادر فـي 1994/04/27"[2]، وكذا في دفاتر الشروط الإدارية العامة، لاسيما دفـاتر الشـروط المطبقـة

---

(1) حاولنا جاهدين ألا نتناول الأحكام القضائية ذات العلاقة بموضوع الرسالة، إلا الأهم منها، وذلك حتى لا تأخذ حيزا نحن في أمس الحاجة إليه، وقد كان يكفينا في الكثير من الحالات صفوة الحكم والقرار القضـائي وخلاصته.

(2) محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية "دراسة مقارنـة"، دار النهضـة العربيـة القاهرة، 2000، ص 69. للاستزادة يراجع على سبيل المثال: شريف بن ناجي، محاضرات عن الصـفقات العمومية، محاضرات غير مطبوعة، مرجع سابق.

ـ علما بأن القضاء الإداري الفرنسي يقضي بإلزامية النصوص التي تتضمنها هذه القوانين بالنسبة لأطـراف العلاقة التعاقدية عند إبرامها للصفقات العمومية. كما "جاء في المنشور المؤرخ في 1988/05/03 الجريـدة الرسمية لـ 1988/05/08، بأن الصفقات المبرمة والمنفذة في فرنسا تخضع لقانون الصـفقات العموميـة. ونفس الحكم بالنسبة للصفقات المبرمة في فرنسا والمنفذة في خارج التراب الفرنسي تخضع لقانون الصفقات

على صفقات الأشغال العامة[1] والتوريد[2]حيث أهتم بها وألقى إليها بمهمة بيـان الكثيـر مـن النصوص المتعلقة بهذه السلطة، وكذا المرسوم الرئاسي رقم 02 ـ 250 المؤرخ في 24 يوليو سنة 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمـتمم بالمرسـوم الرئاسـي رقـم 03 ـ 301 المؤرخ في11 سبتمبر سنة 2003 في الجزائر[3]، إلى جانب دفاتر الشروط الإدارية العامة الصادرة في 21 نوفمبر1964، المتعلقة بوزارة إعادة البناء والأشغال العمومية والنقـل والمطبقة على صفقات الأشغال العامة في الجزائر، حيث تم تناول الكثير من القواعد التشريعية المهمة بصدد سلطة الجزاء، في أهمية تتشابه إلى حد كبير مع ما اختطه المشرع الفرنسي بهذا الشأن[4]، وكذلك قانوني المناقصات ولائحتهما التنفيذية[5] لكل من اليمن ومصر .

= العمومية الفرنسي"؛ قدوج حمامة، عملية إبرام الصـفقات العموميـة فـي القـانون الجزائـري، ديـوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 110 ـ 112.

(1) Dècret N°. 76 - 432 du 21 Janvier 1976.

(2) Décret N°. 77 - 699 du 27 Mai 1977.

(3) جاء في المادة (153) من هذا المرسوم ما يأتي:"تلغى أحكام كل من الأمر رقم90 ـ 67 المؤرخ في 17 يونيو سنة 1967، والمتضمن أحكام قانون الصفقات العمومية، والمرسوم التنفيذي رقم 91 ـ 434 المؤرخ في 09 نوفمبر سنة1991 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم. يمكن بصفة عامـة حـول تطور تشريعات الصفقات العمومية في الجزائر مراجعة:

ـ Bennadji (Chérif), L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie thèse, institut de droit, université d' Alger, 1991.

(3) يلاحظ أن الفقه وعلى نطاق واسع يهتم في أثناء دراسة سلطات الإدارة في أثناء تنفيـذ العقـد الإداري بدفاتر الشروط الإدارية العامة في كل من فرنسا والجزائر بصورة تبتعد إلى حد كبير عما هو في كـل مـن مصر واليمن، وقد تأكد لنا ذلك في أثناء دراستنا كون الأخيرتين وضعتا اهتماماتهما كاملة وفصـلتا أحكـام وقواعد تنفيذ العقود الإدارية في تشريعات المناقصات والمزايدات.

(4) قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم 03 لسنة 1997، ولائحة التنفيذية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 234 لسنة 1997. قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسـنة 1998 ولائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998.

ولئن كانت بعض العقود الإدارية تتميز ببعض الخصوصية من حيث تنظيمها التشريعي وتحديدا عقد التزام المرافق العامة، فقد اقتضى سياق البحث الرجوع إلى مصادرها التشريعية وذلك مثلما راجعنا قانون التزام المرافق العامة المصري رقم 129 لسنة 1947 وتعديلاته بالقانون رقم 497 لسنة 1954، والقانون رقم 185 لسنة 1958. وكذلك تعليمة وزير الداخلية المؤرخة في 1994/09/07 الموجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع رؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية البلدية ورؤساء المندوبيات التنفيذية تحت رقم 842/0394، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها في الجزائر.

إضافة لكل ذلك، فإن لنصوص التشريع المدني المقارن نصيبا وافرا في دراستنا، إذ جعلنا منها نافذة أخرى نطل منها على أحكام وقواعد النظام الجزائي المدني، لما له من أهمية كبيرة في استيعاب نظرية الجزاءات في العقد الإداري. فمن ناحية أولى، تلجأ الإدارة في أثناء تطبيق بعض الجزاءات على المتعاقد معها إلى نصوص القانون المدني، وهو الأمر الذي استدعى منا مقارنة النصوص التشريعية في الدول المقارنة. ومن ناحية ثانية، يتميز النظام الجزائي في تنفيذ العقد الإداري بخصائص لا مثيل لها في النظام الجزائي المقابل، ومن ثم اقتضى سياق البحث إعمال المقارنة بينهما في العديد من مواضع الدراسة[1]،وهي الحالة التي أخذت الحيز الأكبر.[2]

---

(1) سيأتي استعراض ودراسة مجمل تلك النصوص في التشريع المدني المقارن في موضعه من الدراسة.
(2) جدير بالذكر أن التشريعات المذكورة آنفا، هي التشريعات الأساس التي اعتمدت عليها الدراسة، وبذلك تخرج تماما من نطاق دراستنا هذه، التشريعات السابقة غير المعمول بها حاليا. أما تناولنا لبعض التشريعات الأخرى ذات العلاقة بموضوع الدراسة التي اقتضاها سياق البحث، فإن دراستها يتم من باب لملمة المتعلقات والنصوص كافة التي تخص موضوعنا، وهي مهمة على أية حال.

وفي محيط **الفقه المقارن**، تنوعت الأفكار وتعددت الرؤى بصدد سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية، فمنها من أيد قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومنها من تحفظ، ومنها من أنكر على الإدارة ممارستها في أثناء تنفيذ العقد الإداري. غير أن الفقه بين الرفض والاعتراف، لم يقف عند حدود دولة ما، وإنما تعدى حدوده الإقليمية ليستقر في الدول المقارنة كافة، كما سيأتي بيانه. ولوحظ أن دور الفقه لم يقتصر في التعليق على أحكام القضاء الإداري، ودراسة النصوص التشريعية المتعلقة بسلطة الإدارة الجزائية فقط؛ وإنما تجاوز ذلك ليحط مع رواه الذاتية التي ما لبث المشرع والقاضي الإداري على النهل منها كلما كانت ناضجة، وجاءت منسجمة مع وقائع ومجريات الأحداث. وعلى هذا الأساس أخذنا بعين الاعتبار مجمل الأفكار والآراء التي قيلت وترددت في هذا الشأن، ولم نترك إلا ما كان جديرا بالإهمال لاسيما تلك التي تنقض المسلمات والبديهيات المستقرة في دائرة العقود الإدارية التي لا يترتب على فقدانها ضياع الفائدة أو ضعف المعنى.

ولا يخلو البال من لفت النظر، إلى أن آراءنا التي سقناها تحت عنوان (رأينا) ليست سوى بعض من رؤانا؛ إذ حتم علينا سياق البحث أن نأخذها ونبرزها بهذه الصورة،وهي إن دلت على شيء فإنما تدل على أن هذه الجزئية من الموضوع مثار جدل كبير وواسع في الفقه، ومن ثم تجب الحسم بطرح رؤية واضحة على وجه التعيين، وهو ماكان. بينما لم تخل مواضع الدراسة الأخرى وموضوعاتها من آرائنا المتواضعة الأخرى، على أننا حاولنا جاهدين أن نطبع هذه الأطروحة بالطابع الذاتي كلما سنحت لنا الفرصة، وكل ذلك بما لا يخل أو يمس من آراء الفقه الثابتة والمستقرة والدراسات السابقة علينا،باستثناء ما كان يتطلب منا أن ننقده بالحجة والمنطق.

وعلى أية حال، فإن دراستنا للنظرية العامة لسلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد

الإداري، وبمساعدة المشرف العلمي ذي النظرة الثاقبة الذي ساهم مساهمة فاعلـة فـي هـذه الجزئية ـ وغيرها ـ تشتمل على مجمل الموضوعات والمفردات المهمة المتعلقة بهذه السلطة وعلى الأصعدة كافة: التشريعية والقضائية والفقهية. فجاء تخطيطها ـ الدراسة ـ مـاثلا فـي بابين وخاتمة. منحيا بذلك ومستثنيا الرأي السائد في الكثير من الدراسات المماثلة، والقاضي إلى ضرورة فرد مدخل تمهيدي لموضوع الدراسة أو ما شابه، كون موضوعنا من الموضـوعات الأكثر تخصصية، ومن ثم لا نريد له أن يفقد هذا العنصر، كما أننا لا نرى أن ثمة أساس صالح لذلك، ثم إننا في أثناء معالجتنا للدراسة سنربط موضوعيا بينها وبين مختلف الموضوعات ذات العلاقة بأحكام سلطة الإدارة الجزائية، لاسيما تلك التي لا تستقيم الدراسة إلا بها، وذلك مثلمـا سنعمل جاهدين على إبراز الطابع الذاتي للعقد الإداري، وفي علاقة هذه السلطة ببقية سـلطات الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري، وهكذا.

وقد كان الباب الأول منها، مخصصا لدراسة وتحليل واستخلاص الأسس والمبادئ العامـة التي تقوم عليها سلطة الإدارة الجزائية، التي من غير الولوج إليها لا يمكن محاكـاة القواعـد الخاصة بمختلف أنواع الجزاءات التي تتفرع عنها؛ وتجلى ذلك في فصلين اثنين:

أما الأول منه، فنبين ونكشف فيه عن الخصائص العامة لسلطة الجزاء، التي مـن خلالهـا أبرزنا الأسس والمقومات الذاتية لهذه السلطة عن غيرها من النظم القانونية فـي أثنـاء تنفيـذ العقود وخصوصا نظام الجزاءات في مبادئ عقود القانون الخاص، وذلك ابتداء من مضـمونها إجمالا لاسيما من حيث مفهومها وتعريفها، ونشأتها في ظل أحكام مجلس الدولة الفرنسي، وكذا أساسها القانوني. مرورا باستخلاص الخصائص المشتركة التي تجتمـع بهـا مختلـف أنـواع الجزاءات المنضوية تحتها، وانتهاء بالقيود التي تفرض على الإدارة في أثناء تطبيـق الجـزاء

على شريكها في العلاقة التعاقدية، حيث يحق له الإعذار المسبق قبل توقيع الجزاء عليه، جنبا إلى جنب حقه الثابت والمشروع في منازعة قرارات الإدارة الجزائية غير المشروعة أمام القضاء المختص. ذلك أن سلطة الجزاء ليست سلطة على إطلاقها، وإنما تحدها من الحدود ما يكفي للاعتراف بها وإقرارها كما سنرى. وأوضحنا في ظل ذلك أن هذه القيود وإن كانت تمثل في الواقع ضمانات حقيقة للمتعاقد وذلك أمر مسلم به، كونها تشجعه للدخول في علاقات تعاقدية مع الإدارة وتبث في نفسه الطمأنينة على مصالحه الخاصة في مواجهة السلطة الجزائية، فهي ليست كل الحقوق التي يتمتع بها في أثناء تنفيذ العقد الإداري، غير أن دراستنا للجزاء الإداري في الأساس تبحث من زاوية تأكيد حق الإدارة في توقيع الجزاء بالإرادة المنفردة، وهو بالمناسبة أحد أهم أهداف هذه الرسالة العلمية، ومن ثم تخرج تماما تلك الحقوق الأخرى الاعتيادية التي يستحقها – المتعاقد – المتعارف عليها كحقه في الحصول على ثمن العقد مثلا.

وفي الفصل الثاني، سنستعرض فيه علاقة سلطة الإدارة الجزائية بغيرها من سلطات الإدارة الأخرى، وتحديدا سلطتها في الرقابة والإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري وسلطتها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، ونقدم بذلك المزيد من الأسس والمبادئ العامة التي تقوم عليها سلطة الجزاء، ونكشف عن جوانب العلاقة من خلال حصر أوجه التقارب والتكامل بينهم؛ إذ إنهم جميعا امتيازات سلطوية للإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري التي لا مثيل لها في النظام القانوني لعقود القانون الخاص، وكذا عن التباعد والاختلاف، لنؤكد بذلك على أهمية وخطورة سلطة الجزاء في واقع العمل التطبيقي مقارنة بهما.

أما الباب الثاني، فإنه بامتياز باب تطبيق. إذ ستتركز الدراسة فيه بدقة على القواعد الخاصة بأنواع الجزاءات التي توقعها الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري وذلك على صعيد الفقه

والقضاء والتشريع، استتباعا للأسس والمبادئ العامة التي يتناولها الباب الأول.

غير أنه لزام علينا التنويه في هذا المقام، بأن نطـاق تطبيقـات دراسـتنا لسـلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، ينحصر في الثلاثة العقود الإدارية المهمة - كمـا هـو معلوم - وهي عقود التزام المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة، وعقود التوريد، مـن دون غيرها. فمبعث ذلك علاوة على كونها من العقود المهمة، إننا لاحظنا أن الكثير مما ينطبق على أحكام سلطة الجزاء في هذه العقود يصدق إلى حد كبير في بقية عقود الإدارة الإدارية، ومن ثم يسهل على القارئ استدراك صعوبة البحث في كل أنواع العقد الإداري.

فالفصل الأول منه، سيخصص لدراسة أحكام وقواعد سلطة الإدارة في توقيـع الجـزاءات المالية والضاغطة المؤقتة، كل على حدة. فندرس أولا، غرامة التأخير التـي يحـق لـلإدارة تحصيلها من المتعاقد معها عند تحقق أسبابها ومبرراتها القانونية لاسيما حالة تـأخير المتعاقـد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، مستعرضين في أثناء ذلك كل ما يتعلق بهـا، وخاصـة تعريفهـا وطريقة احتسابها وحالات الإعفاء منها، فضلا عن خصائصها كجزاء من الجزاءات التي تنفرد الإدارة بتوقيعها بالإرادة المنفردة. وننتقل بعدها إلى جزاء مصادرة التأمين كأحـد الجـزاءات المالية الأخرى، فنستوضح تعريفه ونـدرس خصائصـه، ونبـين علاقتـه باسـتحقاق الإدارة للتعويض، التي تعد أحد الموضوعات الشائكة فقها وقانونا. وبعدها نخطو باتجاه دراسة اقتضاء الإدارة للتعويض عن الضرر الذي يصيبها من جراء أفعال المتعاقد معها، ونتنـاول بالشـرح والتفصيل إشكالية سلطة الإدارة في تحصيله وذلك في الدول المقارنة جميعها وعلـى الصـعيد الفقهي والقضائي والتشريعي، مثلما هي الحال في أنواع الجزاءات كافة.

وندرس ثانيا، سلطة الإدارة في توقيع الجزاء الضاغط المؤقت، المتمثلة في جزاء فـرض

الحراسة على المرفق العام في عقود الالتزام، وجزاء سحب العمل من المقـاول فـي عقـود الأشغال العامة، وجزاء الشراء على حساب المورد في عقود التوريد، فنعـالج علـى التـوالي تعاريفها، وطبيعتها القانونية، والأفعال التي تبرر للإدارة توقيعها بإرادتها المنفردة وفقا لسلطتها في استعمال امتياز التنفيذ المباشر من دون وساطة القضاء، وكذا خصائصها، والآثار القانونيـة المترتبة على تطبيقها.

بينما فصله الثاني، سنخصصه كاملا لبحث ودراسة سلطة الإدارة في توقيع الجزاء الفاسخ فقط، لما لهذا الموضوع من أهمية بالغة في نظام جزاءات العقد الإداري، إذ يختلف هذا النـوع عن بقية أنواع الجزاءات في أن توقيعه يؤدي إلى فصل الرابط بـين الإدارة والمتعاقـد معهـا وضرب العلاقة التعاقدية برمتها، كما أن مساحة تقريره وتنظيمه ودراسته كبيرة بـالنظر إلـى أحكام وقرارات القضاء، والبنية التشريعية، وآراء الفقه المتعلقة به. لذلك سنقوم بدراسته انطلاقا من أحكامه العامة التي تنظمه في العقود الإدارية عموما، مـرورا بعلاقتـه بـالنظم القانونيـة الأخرى سواء في نطاق العقد الإداري عينه حيث ثمة ما يجمعه مع سلطة الإدارة فـي إلغـاء العقد لدواعي المصلحة العامة، أو في علاقته مع نظام الفسخ فـي مبـادئ القـانون الخـاص واستقرارا ببيان وشرح وتفصيل أشكاله في العقود الإدارية، وحصرا إسقاط الالتزام في عقـود الالتزام، وسلطة الإدارة بالفسخ الجزائي في عقدي الأشغال العامة والتوريد.

واستكمالا للموضوع بطبيعة الحال ستأتي الخلاصة لتختم ما قد تقدمنا بـه، وتجمـل أهـم الاستنتاجات والتوصيات والمقترحات التي سنخرج بها.

وإنني لأرجو أن تقدم هذه الدراسة التي سعينا بجهدنا الإنساني القاصر، في أن تجيب عـن بعض التساؤلات المثارة بصدد سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، وأن تنـال

استحسان القارئ الكريم، وتكون عونا لمن سيخلفنا في هذا المضمار. على أن نعـذر عـن أي قصور أو تقصير غير مقصودين بكل تأكيد، فعزاؤنا أن موضوع رسالتنا مـن الموضـوعات التخصصية التي لم تطرق بكثرة، وفيها من جوانب الصعوبة والتشعب الكثير والكثير.

وأخلص إلى بيان **تقسيم وتبويب** خطة البحث **لسلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري** فيما يلي عرضه:

الباب الأول: الأسس والمبادئ العامة لسلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري

الفصل الأول: الخصائص العامة لسلطة الإدارة الجزائية

المبحث الأول: مضمون سلطة الإدارة الجزائية

المطلب الأول: مفهوم وتعريف السلطة الجزائية

الفرع الأول: المعنى العام لسلطة الجزاء

الفرع الثاني: نشأة نظرية الجزاء في العقد الإداري

المطلب الثاني: الخصائص المشتركة للجزاءات وأساسها القانوني

الفرع الأول: الخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تطبيق الجزاء

المبحث الثاني: القيود المفروضة على سلطة الإدارة الجزائية

المطلب الأول: إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء الإداري

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على الجزاء الإداري

الفرع الأول: الأحكام العامة برقابة القضاء على سلطة الجزاء

الغصن الأول: القواعد المتعلقة برقابة القضاء المختص في مجال العقود الإدارية

الباب الأول

الأسس والمبادئ العامة لسلطة الإدارة الجزائية

في أثناء تنفيذ العقد الإداري

الباب الأول

الأسس والمبادئ العامة لسلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري

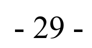
تمهيد وتقسيم:

ألمعنا إلى أنه بقيام العقد الإداري، بتحقق أركانه الخاصة، وشروط إبرامه؛ فإن للإدارة في النظرية العامة للعقد الإداري، ونظامها القانوني، جملة من الحقوق التي لا نظير لها في مبادئ عقود القانون الخاص، وأن السلطة الجزائية إحدى أهم تلك الامتيازات، إن لم تكن هـي الأهـم والأبرز في نظرنا، للأسباب التي سنوضحها تفصيلا فيما بعد.

وفي حقيقة الأمر، فإن هذه السلطة تستند إلى العديد من الأسس والمبـادئ التـي تبررهـا وتشكل برمتها تبعا لذلك، مجموعة مقومات وأسس وجود هذه السلطة.

وتبدو لنا مقدما، إن هذه المقومات تكمن فيما تستمد منه خاصية هذه السلطة، بكونهـا مـن امتيازات السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة، والتي يبررها ضمان حسن تنفيذ العقـد المتصـل بسير المرفق العام، وضمان استمراره وانتظامه، تحقيقا للمصلحة العامة. لذلك يقال ـ حينئذ ـ إن الإدارة لا تستند في مباشرة هذه السلطة إلى نصوص العقـد الإداري، بـل إلـى سـلطتها الضابطة لسير المرفق العام.

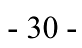
ومن ناحية أخرى، فإنه في مجرى هذا السياق، لاتفوتنا الإشارة إلى أن هذه السلطة لايمكن أن يكون لها وجود لولا الخطأ الذي يتسبب به الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية، مما يعني أنه يجوز لنا القول: بإنها سلطة استثنائية، تقتضيها مجريات مسار العلاقة التعاقدية وظروفـه، ذات العلاقة ـ الأكيدة ـ بمقتضيات المرفق العام؛ لئن كان إخلال المتعاقد بالتزاماته عن تنفيذ العقد



الإداري، سيترتب عليه – ومن دون أدنى شك – المساس بسير المرفق العام ودوام انتظامه ومن ثم تضرر الجمهور تبعا لذلك.

وكما سنرى، فإن النظام القانوني المؤيد في التشريع المقارن وغيره من الأنظمة التشريعية الذي يفصل الأحكام والمبادئ التي تحكم وتنظم سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المختلفة على المتعاقد معها في حالة إخلاله بمبدأ التنفيذ الكامل والسليم، في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، وفقا لما تقرر في نظرية الجزاء التي صاغها مجلس الدولة الفرنسي، وأضحت مستقلة عن النظرية الأم: نظرية العقد الإداري؛ يتمتع بالعديد من الخصائص والسمات التي تميزه عن النظام القانوني للجزاء المتعارف عليه في نطاق قواعد القانون الخاص، الذي يعتمد بصفة أساس على الحق في التعويض عن طريق القضاء، وذلك بخلاف ما تقرر في دائرة جزاءات العقد الإداري الذي يعطي الإدارة الحق في اتخاذه – أي الجزاء – بنفسها، وذلك – طبعا – إلى جانب العديد من الخصائص الأخرى، التي سنأتي إلى دراستها، بالنظر إلى الأسس والمبادئ العامة التي يقوم عليها هذا النظام.

وسيلاحظ أن الجزاءات التي يحق للإدارة توقيعها على المتعاقد في حالة إخلاله بشروط العقد أو دفتر شروطه، تتسم – إلى جانب أنها متنوعة – بأنها أشد من الجزاءات التي توقع في عقود القانون الخاص؛ ومع ذلك للمتعاقد مع الإدارة – في نظرية الجزاء الإداري ونظامها القانوني – جملة من الضمانات التي تقابل تطبيق هذه الجزاءات عليه، وذلك لحمايته من احتمال التعسف في استعمال هذه السلطة، وأبرز مظاهر هذه الحماية، تتمثل في ضرورة إعذاره المسبق كمبدأ عام قبل توقيع الجزاء عليه. فضلا عن حقه في اللجوء إلى القضاء طلبا للإنصاف في حالة إذا تجاوزت الإدارة نطاق هذه السلطة وحدودها.



ومن زاوية أخرى، يستشف أن الأسس والمبادئ التي تحكم سلطة الإدارة الجزائية، تتلاقى في وجوه عديدة مع بقية السلطات الأخرى التي يحق للإدارة ممارستها في أثناء تنفيـذ العقـد الإداري. وليس ذلك فحسب؛ بل تتداخل في أحايين كثيرة، وتؤثر كل منهم في الآخـر. لـذلك وجب علينا استكمالا للموضوع، دراسة هذه العلاقة بوصفها إحدى مجـالات إعمـال السـلطة الجزائية عينها، وهو الأمر الذي سيخصص له فصلا كاملا.

وغني عن البيان، أنه يصعب أي صعوبة الدخول مباشرة إلى تطبيقـات مختلـف أنـواع الجزاء التي تتمتع الإدارة بسلطة فرضها وتطبيقها على المتعاقد معها، دونما العبور مقدما مـن بوابة الأسس والمبادئ التي تنظم هذه الجزاءات وتحكمها.

ونخلص مما سبق تقديمه، إلى أن دراسة الأسس والمبادئ العامة لسلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، تلزمنا حسبما نعتقد، تبويب موضوعاتها في هذا الباب، بتقسيمه علـى فصلين، كما هو آت:

الفصل الأول: الخصائص العامة لسلطة الإدارة الجزائية

الفصل الثاني: علاقة السلطة الجزائية ببقية سلطات الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري

الفصل الأول

الخصائص العامة لسلطة الإدارة الجزائية

تمهيد وتقسيم:

يستسيغ الباحث الرأي القائل: إن الخصائص العامة للجزاءات الإدارية في تنفيذ العقد الإداري؛ وفقا للنظرية العامة للجزاء ونظامها القانوني، إنما تكمن فيما تمثله العلاقة التعاقدية من ثنائية محتومة، ومن ثم يمكن ردها إلى نوعين أساس؛ الأول: ويتمحور في الخصائص المتعلقة بسلطة فرض الجزاءات بالإرادة المنفردة للإدارة عينها. وهي خصائص تشترك بها أنواع الجزاءات كافة، التي تطبق على المتعاقد لخطأ تقصيره عن أداء التزاماته؛ إلا فيما يتعلق ببعض الاستثناءات التي سنسلط الضوء عليها في حينه.

وكما سنرى، فإن هذه الخصائص تتجلى في ظلها المبادئ والميزات الأساس التي تقوم عليها سلطة الإدارة الجزائية، التي تبرز مفهومها ونشأتها، وتعطينا تعريفها، والخصائص التي تشترك فيها مختلف أنواع الجزاءات، التي تأتي تطبيقا لأشكال هذه السلطة. وكذلك عن الأساس القانوني الذي تستند إليه وتتكئ عليه.

أما النوع الثاني: فهي تلك الخصائص التي تشترك بها - أيضا - أنواع الجزاءات كافة كقاعدة عامة، ولكن من زاوية حقوق المتعاقد في ضمان التزام الإدارة باستخدام حقها في تطبيق الجزاء بالشكل القانوني، وأهمها حقه في الإعذار المسبق قبل إجراء الجزاء ضده، وكذلك في رقابة القضاء اللاحقة على القرارات الصادرة بتوقيع الجزاء عليه، منعا للتعسف المحتمل وقوعه، فيما إذا تجاوزت الإدارة سلطتها بهذا الشأن، وانحرفت عن مسارها القانوني المسموح

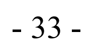
به. وتمثل الرقابة القضائية في النظام القانوني ونظرية الجزاء الإداري للعقود الإدارية - كما سيأتي تفصيله - أمنا وأمانا وحصنا للمشروعية، علما بأن جانبا من الفقه كان قد أطلق على هذا النوع بالخصائص الضامنة للمتعاقد، أو بضمانات المتعاقد.

غير أنه لما كان الأساس المهم لدراستنا، هو مبادئ الجزاءات وأحكامها وقواعدها من زاوية تأكيد ما تتمتع به الإدارة من حق توقيع الجزاء بالإرادة المنفردة؛ فإننا آثرنا أن نتناول الإعذار والرقابة القضائية من ناحية أنهما قيود مفروضة على الإدارة للحد من سلطتها هذه. والقول بهذا لا يمنع أنهما يمثلان - في الوقت عينه - ضمانتي أساس للمتعاقد مع الإدارة. إضافة إلى ذلك فهما إلى جانب السمة والميزة الأساس المتمثلة بامتياز تطبيق الجزاء بالإرادة المنفردة للإدارة، يعدون جميعهم، أهم الخصائص التي تتميز بها هذه السلطة إجمالا، كما سنشرحه بالتفصيل الدقيق عند دراسة تطبيقات مختلف أنواع الجزاء في الواقع العملي، وذلك في الباب الثاني.

لكل ما تقدم، نرى من الأفضل دراسة هذه الخصائص، واستعراض موضوعاتها، بوساطة تقسيم هذا الفصل على مبحثين بالشكل الآتي:

المبحث الأول: مضمون سلطة الإدارة الجزائية

المبحث الثاني: القيود المفروضة على سلطة الإدارة الجزائية



المبحث الأول

مضمون سلطة الإدارة الجزائية

تمهيد وتقسيم:

لسلطة الإدارة الجزائية، العديد من السمات المميزة لها عن غيرها من السلطات المخولة لها في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية. وتأتي في مقدمة هذه المميزات والخصائص مما يدل عليه واقع الحال في تسميتها، إنها سلطة استثنائية تفرض فقط عند الإخلال بتنفيذ الالتزامات القانونية من قبل المتعاقد معها. ومن حيث ما تتمتع به الإدارة من حق تطبيق هذا الجزاء بإرادتها المنفردة من دون ضرورة الطلب إلى قاضي العقد توقيعها، كما هو الأصل العام في مبادئ عقود القانون الخاص.

ثم إن المبادئ والأحكام الأساس التي تحكمها وتنظمها، تتصف بالنشأة القضائية التي يعود الفضل فيها إلى مجلس الدولة الفرنسي، التي أقرها في أحكامه القضائية، مرورا بمراحل متعددة ووصولا إلى إقرارها بصورتها النهائية - نسبيا - وذلك بتفصيل قواعدها المختلفة.

وقد أدى فقه القانون العام دورا كبيرا في تحليل ودراسة مسلك القضاء الإداري بهذا الخصوص، والتعليق على المبادئ العامة التي توصل لها هذا الأخير، واستخلاص القواعد التي تحكم هذه السلطة، ووضع النقاط على الحروف، بالرؤى والأفكار ذات الطابع القانوني، التي تساعد على فهم مضمون هذا الامتياز السلطوي؛ لاسيما الخصائص التي تتصف بها الجزاءات المتنوعة التي يحق للإدارة توقيعها على المتعاقد الذي يتراخى عن تنفيذ واجباته التعاقدية معها وكذلك الأساس القانوني الذي تستند إليه هذه السلطة، وقد غدت مجموعة مبادئها وأحكامها نصوصا تشريعية، أخذ بها المشرع في الدول المقارنة وغيرها بحسب ما هو آت.

لذلك كله، نرى أن الولوج إلى دراسة النظرية العامة للجزاء وتحليلهـا فـي تنفيـذ العقـد الإداري لا يكون مناسبا؛ إلا بالتعريج ـ أولا ـ إلى الكشف عن مضمون هذه السلطة، وتفنيـد مراحل نشأتها. ومن ثم إلى استخلاص الخصائص التي يمكن أن تشترك بها مختلـف أنـواع الجزاء التي توقعها الإدارة بالإرادة المنفردة على الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية. وكـذلك بالبحث والدراسة للأساس الذي تقوم عليه ثانيا، وذلك باتباع التقسيم الآتي ذكره:

المطلب الأول: مفهوم وتعريف السلطة الجزائية

المطلب الثاني: الخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية وأساسها القانوني

المطلب الأول

مفهوم وتعريف السلطة الجزائية

الفرع الأول

المعنى العام لسلطة الجزاء

الجزاء في المعنى اللغوي، مصدره: جازى.

وهو: الثواب، العقاب، المكافأة عن العمل.(1)

والجزاء في الاصطلاح القانوني بصفة عامة، هو: الأثر الذي يرتبه القانون على مخالفة قواعده.

ذلك أن الجزاء ركن أساس في قواعد القانون - بمعناه الواسع - إذ لا يمكن تصور الطابع الإلزامي للقواعد القانونية، من دون ترتيب الجزاء على مخالفتها، فلا إلزام من دون جزاء، ولا جزاء من دون إلزام.(2)

والجزاء مقولة قانونية، تعرفها مختلف الأنظمة القانونية الحديثة، أو بالأحرى عرفتها مختلف الأنظمة القانونية، منذ نشوء فكرة القانون عينها(3). فمبدأ المشروعية، يخص فروع

---

(1) جبران مسعود، معجم الرائد، دار العلم للملايين، بيروت، 1978، المجلد الأول، ص 511.
(2) جاء في وصف أهمية الجزاء: إن القاعدة القانونية الخالية من الجزاء، بمثابة تناقض في حد ذاته وبمثابة نار لاتشتعل، وضوء لا ينير. ينظر في هذا المعنى: رمضان غناي، "عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية تعليق على قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2003/04/08 ملف رقم: 014989 "، مقال منشور في **مجلة مجلس الدولة**، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 04، 2003، ص 147.
(3) يستعرض (يحيى الجمل) تطور فكرة القانون، وارتباطها بالمفاهيم المختلفة ذات العلاقة بهذه الفكرة وبضمنها فكرة الجزاء؛ يراجع بصفة عامة، مؤلفه (حصاد القرن العشرين في علم القانون)، دار الشروق القاهرة، الطبعة الأولى، 2006.

القانون كافة، ففي القانون الجنائي لا عقوبة (جزاء) إلا بنص[1]، وكذلك في التشريعات المدنيـة لا بطلان إلا بنص.

وكذلك في مبادئ القانون الإداري[2]، فإنه بالنظر إلى تعدد مجالات هذا الفرع من القـانون فقد تعددت أنواع الجـزاء. فـإلى جانـب الجـزاء الإداري التعاقـدي ثمـة ـ ـ تمثـيلا لا حصرا ـ جزاءات أخرى، كالجزاء التأديبي، الذي توقعه الإدارة على الموظف المخالف لقواعد الوظيفة العامة[3].

والجزاء في مجال العقود عامة، هو ذلك الأثر الذي يترتب بقوة القانون، نتيجة لإخلال أحد أطراف العلاقة التعاقدية، ببنود العقد المبرم بينهما. وبعبارة أخرى إنه الإجراء الذي يستتبع عدم تنفيذ الشروط التعاقدية، لخطأ من جانب أحد أطرافه؛ إذ إنه" من الأمور المسلمة في العقود كافة سواء أكانت إدارية أم مدنية، أن الخطأ التعاقدي في عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، أيا كان السبب في ذلـك، ويسـتوي أن يكـون عـدم التنفيـذ ناشـئا عـن عمـد، أو

---

(1) جاء ـ مثلا ـ في المادة (02) من القرار الجمهوري بالقانون رقم 12 لسـنة 1994 بشـأن الجـرائم والعقوبات، ما يأتي: "المسؤولية الجزائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون".

(2) للتذكير، فإن هذا الفرع من القانون يتميز بخاصية عدم تقنينه في وثيقة تشـريعية واحـدة. للاسـتزادة يراجع: خالد عمر باجنيد، القانون الإداري اليمني، مطبعة جامعة عدن، عدن، الطبعة الأولى، ص 13 ـ 15.

(3) يشير (سليمان الطماوي) بقوله: "إن الجزاء التأديبي، يحكمه المبدأ المتعارف عليه في قانون العقوبات ألا وهو لاعقوبة بلا نص"؛ مؤلفه (القضاء الإداري)، الكتاب الثالث، قضاء التأديب، دار الفكر العربـي، 1979 ص 269.

ـ بصدد أنواع الجزاء في القانون الإداري، يرجى مراجعة: زكي محمد النجار، حدود سلطات الإدارة فـي توقيع عقوبة الغرامة "دراسة تأصيلية للجزاءات المالية وضوابط توقيعها في كل من النظام التأديبي والعقـود الإدارية والقانون الإداري الجنائي"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999 ـ 2000، ص 01 وما بعدها.

إهمال، أو من دون عمد" [1].

ومع ذلك، فإن النظام القانوني للجزاء في مجال العقد الإداري، يختلف كثيـرا، عمـا هـو مقرر، في مبادئ عقود القانون الخاص، تبعا للاختلاف الجوهري بين العقدين[2].

فمن ناحية، فإنه علاوة على أن العقد الإداري، شأنه شأن بقية العقود، كونه ينشىء التزامات متبادلة بين طرفيه، ويجب على كل طرف، أن ينفذ تعهداته، التي التزم بها بمقتضى العقد وفقا لمبدأ وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية؛ فإن مبدأ عدم المساواة بين طرفي العقد، يعد في مجال العقود الإدارية أمرا مسلما به، بل الأحرى إن عدم المساواة هـي الميـزة الأساس التي تميز العقد الإداري عن غيره من العقود.

ويرجع ذلك - بطبيعة الحال - إلى أن العقود الإدارية إنما تبرم بين أحد أشخاص القانون العام، بوصفه صاحب سلطة وسيادة، مع أحد الأفراد، أو أحد أشخاص القانون الخاص، أو مـع أحد أشخاص القانون العام، ولكن بصفته العادية. وتوجد الإدارة في هذه العقود باعتبارها سلطة عامة، تمثل مصالح الجمهور، وليس باعتبارها شخصا عاديا مثل أي فرد، وذلك بخلاف مـاهو في عقود القانون الخاص؛ إذ تبرم بين الأشخاص بصفتهم العادية.

ومن ناحية أخرى، فإن الإدارة لاتهدف من وراء إبرام العقد الإداري، إلى " تحقيـق ربـح

---

(1) الحكم الحديث للمحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1992/05/12، الطعن رقـم 774، السـنة 32 ق، مجموعة الأربعين عاما، ص 636.

(2) يرجى مراجعة المؤلفات التي تتناول معيار تمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص؛ لأهميتها فـي معرفة الطبيعة الذاتية للعقد الإداري التي تميزه عن بقية العقود، وكذلك فيما يتعلق بالمعايير المختلفـة التـي قيلت بصدد مقومات قيام هذا العقد. ومنها: ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مقاله، مرجع سابق.

مالي؛ وإنما تقصد تحقيق مصلحة عامة وتسيير مرفق عام لسد حاجة المواطنين"[1]. مما يعني أن المتعاقدين معها يواجهون مبدأ أساسا وجوهريا يفرض عليهم، وهو انتظام المرفق العام وضرورة استمراره، ومن أجله تعتبر التزاماتهم أكثر صرامة عما هي عليه في القانون الخاص، كما تتوارى مصالحهم الخاصة أمام المصلحة العامة[2].

ولما كانت العقود الإدارية تتصل بالمرافق العامة من ناحية، وتبرمها السلطة العامة لتسيير هذه المرافق من ناحية أخرى، وكان تبعا لذلك أي إخلال ببنودها، يعد إخلالا بالمرفق العام، الذي أبرمت من أجله[3]؛ إذ إن عدم تنفيذها بالصورة التي تضمن استقرار المرفق العام تعد مسألة خطيرة، حيث لا يمكن لأطرافه التحلل من التزاماتهم المستمدة منها، إلا في حالة القوة القاهرة.

فإنه نتيجة لهذه الفكرة الجوهرية التي تسيطر على أحكام العقد الإداري، لاسيما على آثاره فقد اعترف القضاء الإداري الفرنسي - وفيما بعد في الدول الأخرى - للإدارة في مجال تنفيذ عقودها الإدارية، بسلطة توقيع الجزاء على المتعاقد الذي يرفض تنفيذ التزاماته، أو تأخيره في

---

(1) يحيى خير الدين، "القضاء المستعجل في العقود الإدارية"، مقال منشور في **مجلة قضايا الدولة**، السنة 03، العدد 01، يناير - مارس 1959، ص 102.

(2) يشير (رمزي طه الشاعر) بهذا الصدد، بقوله:" علاقة الإدارة بالأفراد تتميز بطابع خاص، يختلف عن علاقة الأفراد بعضهم ببعض، مما أدى إلى وجود قواعد تناسب طبيعة نشاط الإدارة وهدفها، ولاتغفل في نفس الوقت حماية الحقوق والحريات الفردية"؛ مؤلفه (قضاء التعويض "مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية")، 1992، ص 09.

(3) ما يلبث الفقه أن يؤكد هذه الحقيقة، ينظر كمثال: عبد المجيد عبد الحفيظ، تعاقدات الإدارة، محاضرات ألقيت على طلاب الدورة التدريبية التي نظمتها جمعية إدارة الأعمال العربية، مركز التدريب، القاهرة 1997، ص 35.

أدائها، أو تنفيذها بطريقة سيئة بخلاف ما يتوجب القيام به، وذلك جنب إلى جنـب الامتيـازات الاستثنائية غير المألوفة في مبادئ عقود القانون الخاص الأخرى[1].

وبلاشك، إننا نتفهم مسلك مجلس الدولة هذا، للاعتبارات التي ساقها في هذا الشأن؛ ذلك أنه في العقد الإداري، يبدو "طبيعيا عدم تساوي المركز القانوني للمتعاقدين، فالإدارة تشغل مركزا متميزا عن الأفراد، وذلك بحكم سهرها على تحقيق الصالح العام، ومن ثم فهي تتمتع بسـلطات استثنائية وخطيرة "[2].

ثم إن مقتضيات المرافق العامة، تستلزم بالتأكيد أن يكون للإدارة حق المبادرة فـي اتخـاذ الإجراءات السريعة والفعالة التي من شأنها مواجهة عجز المتعاقد عن تنفيذ هذا العقد.

فضلا عن أن مبادئ القانون الخاص وأحكامه، تبدو عاجزة عن تقديم القواعـد التـي مـن خلالها يمكن إحكام العلاقة مع الأطراف المتعاقدة معها، والعمل على عدم العبث مع الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية.

والقول الأخير، يقودنا إلى حقيقة أن الجزاءات التي يعرفها القانون الخاص في هذا المجـال التي تتركز أساسا في التنفيذ بمقابل في صورة الحكم بالتعويض، ليست مجدية في نطاق مبادئ

---

(1) وتحديدا سلطتي الإدارة في الرقابة والتوجيه وفي التعديل الانفرادي، علما بأننا سنتطرق إلـى العلاقـة القائمة بينهم، فيما بعد.

(2) أنور أحمد رسلان، "نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة"، مقال منشور في **مجلة القانون والاقتصاد** السنة 48، العددان 03 ـ 04، 1978، ص 823.

ـ أشرنا سلفا إلى أن هذه الامتيازات تبررها فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في مبادئ عقود القانون الخاص، التي تعد أحد عناصر قيام العقد الإداري ـ بجانب العنصرين الآخرين المذكورين سلفا ـ ـ لتكمـل الأركان الخاصة لقيامه. يراجع بهذا الشأن: زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية "دراسـة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية حقوق ـ جامعة عين شمس، 1981، ص15 وما بعدها.

القانون العام، إذ إن كل إخلال من جانب المتعاقد، لا يقتصر على أن يكـون إخـلالا بـالتزام تعاقدي فحسب؛ وإنما يمتد إلى المساس بالمرفق العام عينه، الذي أبرم العقد لأجله.

وبعبارة أخرى، فإن الوسائل التي يقدمها القانون الخاص، تبدو غير كافيـة، باعتبـار "أن التنفيذ بمقابل في صورة الحكم بتعويض Dommages ـ intérêts عن طريق القاضي، هو الجزاء الذي يواجه به هذا القانون عدم التنفيذ العيني exécution en nature من المدين"(1).

ويتضح مما تقدم، أن المعنى العام للجزاء في العقد الإداري، يختلف عما هو فـي النظـام القانوني لعقود القانون الخاص، ففيه تخول الإدارة باتخاذ إجراء الجزاء المناسب تجاه المتعاقـد المخل بالتزاماته التعاقدية معها، وليس القضاء الذي له صلاحية فرض الجـزاء فـي العقـود المدنية، فضلا عن الكثير من الخصائص الأخرى التي يتميز بها النظام القانوني الذي يحكمـه وذلك كما سيأتي بيانه بالتفصيل الدقيق فيما بعد.

واستهداء بكل ماسبق، يمكننا تعريف سلطة الإدارة في توقيع الجزاء، بأنها: ذلك الامتيـاز الذي يسمح للإدارة بإرادتها المنفردة، بتوقيع الجزاءات المختلفة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية وذلك في حالة إخلال المتعاقد معها ببنود العقد أو دفتر الشروط، كأن يتباطأ عن تنفيـذ العقـد بخلاف المدة القانونية المنصوص عليها، أو بعدم التزامه بالمواصفات المقررة عليه، أو بتنفيـذ العقد تنفيذا سيئا على غير ما اتفق عليه، أو أن يعهد بتنفيذ العقد إلى غيره من دون أخذ الموافقة المسبقة للتعاقد من الباطن، أو أن لا يعير اهتماما بالأوامر والتعليمـات التـي يحـق لـلإدارة

---

(1) عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسـالة دكتـوراه، كليـة الحقوق ـ جامعة عين شمس، 1974، ص 08.

ومندوبيها توجيهها إليه مما يترتب عليه عدم تمام عملية التنفيذ بالشكل الصحيح، أو أن يستخدم مع الإدارة أساليب الغش والاحتيال بغرض تغيير المواصفات تحقيقا لربح أكبر، أو عدم قيامـه بتنفيذ العقد من الأساس، أو غيرها من المخالفات التي تمثل خطأ تعاقديا من جانبه.

والقول يستتبع، إن ممارسة سلطة توقيع الجزاء في مجال العقود الإدارية، لا تهـدف إلـى تعجيز المتعاقد مع الإدارة، أو إعادة التوازن للالتزامات المتبادلـة لأطرافهـا. وإنمـا هـدفها الأساس، هو ضمان الالتزام المتعلق بسير المرفق العام بانتظام واطراد، واستبعاد الإخلال الذي يحدثه الامتناع عن التنفيذ، أو تنفيذه بصورة سيئة، ويندرج ضمن ذلك ـ بطبيعة الحال ـ فكرة معاقبة المتعاقد عن أخطائه في تنفيذ عقده الذي التزم به.[1]

ومما ينبغي تأكيده في هذا المقام، أنه غالبا ماتتضمن العقود أو دفاتر الشروط، أحكام هـذه السلطة وقواعدها، كما أن حق الإدارة بتوقيع الجزاءات، سواء الماليـة منهـا، أو الضـاغطة المؤقتة، أو الفاسخة، لا يقتصر على عقد بعينه، وإنما يجد صداه في أنواع العقود الإدارية كافة.

ويلاحظ أن المشرع في الدول المقارنة، قد اعترف بالسلطة الجزائية للإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، ونظم أحكامها في مختلف التشريعات ذات العلاقة ـ كما سـيجيء شـرحه بالتفصيل في موضعه ـ بصرف النظر عن بعض الاختلافات التي وجدت هنا أوهناك.

والقول الأخير، يلزم الإشارة إلى أن سلطة الإدارة الجزائية، مهما ضاقت أو اتسعت؛ فـإن النظام القانوني الذي يحكمها، يشتمل جنب إلى جنب تقريرها، العديد من القيود والضوابط التي تحدها؛ فلم تترك الإدارة لتوقع الجزاء بإرادتها المنفردة، دونما تجاهل لمصلحة الطرف الآخر.

---

(1) ينظر:حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في1963/12/28، مجموعة السنة 09، بند 29، ص 324.

الفرع الثاني

نشأة نظرية الجزاء في العقد الإداري

بات من المستقر والثابت اليوم، إن للإدارة سلطة في اتخاذ الجزاءات الإدارية المتعددة تجاه المتعاقد معها، إذا ما أخل الأخير ببنود العقد المبرم بينهما. وذلك باعتبارها سلطة عامة تدير مرافق الدولة العامة في إطار المسؤولية التي تقع على عاتق الدولة في تلبية احتياجات الجمهور في شتى مجالات الحياة، لاسيما الاجتماعية والاقتصادية منها. ذلك أن الإخلال بتنفيذ عقود الإدارة عامة، وعقودها الإدارية خاصة، من شأنه أن يؤدي ومن دون أدنى شك إلى الإخلال بعملية التنمية الشاملة عينها في البلد وأي بلد، التي تقيمها الدولة أو على الأقل تقودها وتشرف عليها.

وليس ذلك فحسب؛ بل إنه تقرر للإدارة في ظل لجوئها المتزايد في استخدام العقود الإدارية في عملية التنمية، أن تمارس ذلك الامتياز (سلطة اتخاذ الجزاءات) حتى إذا لم ينص العقد صراحة على هذا الحق. ذلك أن مفهوم الإخلال الذي يؤدي إلى اتخاذ الجزاءات في نطاق نظرية العقد الإداري، يشمل - أيضا - إلى جانب الإخلال ببنود العقد، أي إخلال بالقواعد المكملة لمعنى العقد الإداري عينه. بما في ذلك نصوص القوانين التي تنظم إبرامها وتنفيذها وكذا التشريعات اللائحية المنظمة لذلك، لاسيما دفاتر الشروط الإدارية العامة، وهو الأمر الذي سيأتي بيانه لاحقا.

ويفهم من هذا القول، إن الإدارة تستطيع فرض تلك الجزاءات بصورة منفردة، ومن دون ضرورة اللجوء إلى القضاء لتطبيقها. وذلك استنادا إلى حقها الأصيل في استعمال وسائل التنفيذ المباشر المرخص لها - أيضا - في نطاق العقود الإدارية. وهو المسلك الذي تبناه المشرع في

العديد من الدول، وصار متعارفا عليه وثابتا في النظام القانوني للجزاءات.

ومع ذلك، فإن الحقيقة التي لا مفر منها، هي أن سلطة الإدارة في اتخاذ الجـزاءات علـى النحو المشار إليه آنفا، لم يكن لها أن تصل إلى هذا المستوى وبهذه الدرجة، إلا بعد أن مـرت نظرية العقد الإداري عموما، ونظرية الجزاءات خصوصا، بالعديد من المراحل حتى بلغت مـا بلغت إليه. فإذا كانت البداية قد اقتصرت على مبدأ كفاية الجزاءات التي في العقد فقط [1]؛ فإن مجلس الدولة الفرنسي، باعتباره صاحب الفضل الأكبر في صياغة نظرية الجزاءات إلى جانب أحكام نظرية العقد الإداري ـ لا بـل ودوره فـي خلـق قواعـد وأحكـام القـانون الإداري عينه ـ عدل عن ذلك فيما بعد، في خطوة عدت البداية الحقيقة لنشوء أحكـام النظـام العـام للجزاءات وقواعده في العقد الإداري. إذ تجاوز مجلس الدولة المبدأ السابق، وأعطى القاضـي الحق في الحكم بالتعويض بناء على طلب الطرف المضرور، وهو جزاء من خارج نصـوص العقد. ولما كان ذلك غير كاف بالنسبة إلى ما يقتضيه مبدأ دوام المرفق العام وانتظامه بـالنظر إلى الزمن الذي يستغرقه القضاء في الحكم بالتعويض، فقد اعترف مجلس الدولة للإدارة بحـق تطبيق جزاء التعويض بنفسها.

وعطفا عليه، آثرنا أن نستعرض تلك المراحل بشيء من التفصيل لأهميتها في فهـم تلـك الأحكام والمبادئ واستيعابها، وذلك على النحو الآتي:

المرحلة الأول: (مرحلة الاكتفاء بالجزاءات التعاقدية)

حتى نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، كان المبدأ المقرر وفقا لمسلك مجلس الدولة الفرنسي آنذاك، أن العقد يستقل وحده ببيان جزاءاته، وبذلك لم يكن مسـموحا بتطبيـق جزاء من خارج العقد. ويعني ذلك أن الإدارة كانت تستمد سلطتها في توقيع الجـزاءات مـن

النصوص التعاقدية أو القانونية، ومن ثم كان من المستحيل عليها أن توقع جزاءات لـم يـنص العقد أو دفاتر الشروط على حقها في توقيعها، أو لم تنص عليها اللوائح الإداريـة. وكـذلك إذا حدد العقد أو دفتر الشروط جزاءات معينة لبعض المخالفات، وأغفل تقرير جزاءات للمخالفات الأخرى، فلم يكن يجوز للإدارة مخالفة هذه الشروط.

والمفارقة التي لاحظها الفقه، أن مجلس الدولة عينه قد وافق على هذا المبدأ (مبـدأ كفايـة الجزاءات التعاقدية) إن لم يكن هو الذي قرره. فقد ذكر المجلس صراحة في حكمـه الصـادر في 1881/07/15، أنه من ناحية عدم تنفيذ الشركة الملتزمة لالتزاماتها في عقد الالتزام، فإنها لا تلتزم بأن تؤدي أية تعويضات للإدارة بسبب ذلك، مادام أن هذا العقد ينص صـراحة علـى مجرد غرامات تطبق في حالات عدم تنفيذ الالتزامات التي ينص عليها، وإسقاط الالتزام طبقـا لشكليات معينة، ومصادرة التأمين المدفوع. وفي هـذا الشـأن، أوضـح مفـوض الحكومـة مارجيور(Marguerie) أن عقود الالتزام إنما تحدد نتائج عدم تنفيذ العقد وتحدد طبيعته ومداه ولكنها لا تسمح للجهة مانحة الالتزام بأن تلجأ للقواعـد العامـة للمطالبـة بتعويضـات غيـر منصوص عليها في العقد. وأن نصوص دفتر الشروط المقررة لصالح الإدارة لا يمكن أن تعتبر كحد أدنى للتعويض ... إذ يتعلق الأمر بتعويضات محددة مقدما لتجنب صعوبات التقدير ، تلك الصعوبات التي ـ بسبب العناصر المختلفة التي تشكل عقد الالتزام ـ لابد أن تحـدث إذا لـم يحتط العقد، بأن ينظم بنفسه حقوق الإدارة في جميع الاحتمالات الممكنة.(1)

---

(1) لمعرفة المزيد من التفاصيل، يرجى مراجعة: توفيق شحاتة، مبادئ القـانون الإداري، الجـزء الثـاني الطبعة الأولى، 1954 ـ 1955، القاهرة، ص 795 وما بعدها.

وكذاك الأمر بالنسبة إلى حكمه الثاني الصادر في مطلع يناير من السنة 1884، الـذي لـم يبتعد عن حكمه السابق، وذلك في إطار تقرير المبدأ عينه[1].

ويبدو أن هذا المسلك لم يرق للكثير من الفقهاء[2]، الذين رأوه مسلكا لا يتناسـب ومبـادئ القانون العام. كما أنه لا يلبي الحاجة في تجسيد مفاهيم المصلحة العامة فـي حمايـة جمهـور المنتفعين الذين هم طرف مهم في عقود الالتزام، ذلك أن عدم وجود جزاء ما قـد يـدفع إلـى إهمال الملتزم في تنفيذ التزاماته، وإلى حدوث اضطرابات اقتصادية واجتماعية معينة؛ ذلك أن مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام يتطلب أن يكون لجميع التزامات الملتزم جزاء حاسم إذا ما أخل بها. ونعتقد أننا لسنا في حاجة إلى عرض تلك الآراء بعد الذي أوضحناه سلفا. إذ إن كـل ما المهم في هذا الصدد، أن كل تلك الانتقادات التي وجهت لمسلك مجلـس الدولـة الفرنسـي جعلته يعدل عن نظريته القائلة: بإن العقد يكفي بذاته بما ينص عليه من جـزاءات لالتزاماتـه وأن يتخذ خطوات جريئة في مراحل لاحقة.

---

(1) جاء في الحكم: "تطبيقا للمادة (37) من دفتر الشروط يمكن الحكم ضد الملتزم بإسقاط التزامه لعدم تنفيذه الالتزامات المختلفة المفروضة عليه، إذ إن عقد الالتزام لم ينص على أي جزاء آخر يطبق في حالة مـا إذا كان الملتزم لم يبدأ الأعمال خلال سنة ابتداء من قرار المنفعة العامة... ولايمكن لجهـة الإدارة أن تطالـب بتعويضات بمثل الضرر الذي تدعي أنه لحق بها من جراء عدم تنفيذ الخط الممنوح التزامه، بماهو خـارج نصوص دفتر الشروط. ومن ثم تكون المحكمة الإقليمية قد استجابت - من دون وجه حق - إلـى طلـب التعويض المقدم من جهة الإدارة". يمكن الرجوع بشأن هذا الحكم وتعليقات مفوض الحكومـة عليـه، إلـى عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 18-20.

(2) ينظر في ذلك مثلا:

- Jeze (Gaston), Les principes généraux du droit administratif,03ème édition ,première partie, paris, 1934, Marcel Girad; troisième partie, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1936, p. 862.

علما بأنه يشار إلى أن هذا الفقيه هو أبو العقود الإدارية، نظرا لإسهاماته الكبيرة في هذا الشأن.

المرحلة الثانية: (توقيع الجزاء غير التعاقدي بوساطة القاضي)

تعد هذه المرحلة، مرحلة مهمة بالنسبة إلى تطور النظام القانوني لسلطة الإدارة في اتخاذ الجزاءات تجاه المتعاقد معها في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية. وفي ظلها عدل مجلس الدولة الفرنسي مسلكه السابق الذي اكتفى فيه بالجزاءات التعاقدية فقط.

وتمثل ذلك، في حكمه الشهير الصادر في1907/05/31في قضية دبلانك(Déplanque)[1] بشأن منازعة نشأت بصدد تنفيذ عقد التزام أبرم بين مدينة (تـوزون) والسيد

---

(1) C.E. 31 Mai 1907, Déplanque, p. 514.

- وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد (دبلانك) كان ملتزما بتوزيع القوى الكهربائية لمدينة (نـوزون) بمقتضى عقد مبرم بينه وبين هذه المدينة في 1897/11/11، وكان دفتر شروط الالتزام ينص على بعض الجزاءات، التي تقابل مخالفات معينة. وفي سنة 1903 تمسكت المدينة ضد ملتزمها ببعض المخالفات كان لبعضها جزاء صريح ومنصوص عليه في العقد عينه. ولم ينص بالنسبة إلى بعضها الآخر على أي جزاء. وعليه طلب مجلس المدينة من مجلس مديرية (أردن) أن يقضي ضد ملتزمها بإسقاط التزامه ومؤقتا بوضع المرفق تحت إدارتها المباشرة، ومن جهة ثانية إلزامه بتعويض مالي معين. وكان البادئ وقتئذ أن الملتزم يستحق أن يسقط التزامه، أو يوضع المرفق تحت تصرف الإدارة المباشرة - طبقا للعقد - جزاء على بعض أخطائه التي أوضحتها المدينة. ولم يكن التعويض منصوصا عليه في دفتر الشروط. وبتاريخ 1904/03/10 رفض مجلس المديرية طلب إسقاط الالتزام لعيب شكلي، وكذلك طلب وضع المرفق تحت تصرف الإدارة المباشرة بحجة أن هذا الإجراء يدخل في اختصاصات المدينة بصفة مطلقة. أما عن التعويض فقد بدأ هذا المجلس باستعادة المبدأ القانوني القائل: بإن دفتر الشروط بما نص عليه من جزاءات يعتبر شريعة المتعاقدين ومن المحقق أن هذا الدفتر قد نص صراحة على كل المخالفات المنسوبة للملتزم ورسم جزاءاتها، وبذلك لم يكن طلب التعويض يقوم على أي أساس قانوني. ومع ذلك قرر مجلس المديرية بأن المدينة إذ لم تقتنع بوجوب استعمال إجراءات صارمة لمجازاة الأخطاء المنسوبة للملتزم، فإنه يجب ألا يستخلص من ذلك حجة له في التخلص من كل مسؤولية، وأن تأخير تنفيذ الملتزم للعقد يبرر طلب التعويض. وقد استأنف الملتزم هذا القرار أمام مجلس الدولة بصفته مدعيا، وبحجة أنه يتعارض مع المبدأ القائل بكفاية الجزاءات المنصوص عليه في دفتر الشروط. إلا أن مجلس الدولة أقر بصحة قرار مجلس المديرية الخاص بالتعويض جراء المخالفات التي أرتكبها الملتزم. وذلك على الرغم من أن العقد لم ينص على جزاء معين جراء ارتكابها.

دبلانك(Déplanque) باعتباره الملتزم في إضاءة المدينة، الذي قضى بأن نصوص العقد تحدد التزامات كل من طرفيه. وأن الإخلال بهذه الالتزامات يجب أن يترتب عليه توقيع جزاء. وإذا لم ينص العقد على الجزاءات التي توقع في حالة الإخلال بالالتزامات، جاز للقاضي بناء علـى طلب الطرف الآخر (المضار) أن يحكم بجزاءات تتناسب ومدى الإخلال بنصوص العقـد؛ إذ من غير المقبول ترك المخالفات التي ارتكبها الملتزم مع الإدارة من دون جزاء التعويض على الأقل، وذلك بحجة عدم وجود نص في العقد يحدد الجزاء المناسب لها.

وفي هذا الشأن، ذهب مفوض الحكومة روميو(Romieu) للقول: "إن دفتر الشروط إذ يحدد التزامات الطرفين، وهذه الالتزامات يجب أن تكون لها جزاء، وعندما لا ينص علـى جـزاء يطبق مباشرة على فعل عدم التنفيذ المنسوب إلى الملتزم أو الجهة مانحة الالتزام. فإن قاضـي العقد يختص - بناء على طلب الطرف المتضرر - بأن يطبق جزاء طبقا للقواعد العامـة".[1] وهو الأمر الذي يوضح لنا مسلك مجلس الدولة في تطبيقه - بموجب هذه القضـية - جـزاء التعويض، وهو جزاء غير منصوص عليه في العقد. وهو إن لم يشر- أي مجلس الدولة - إلى النص القانوني الذي اعتمده؛ فإنه من دون شك قد استند ضمنيا على نص المادة (1142) مـن القانون المدني الفرنسي، التي تقضي بأن: "كل التزام بعمل أو بالامتناع عنه يتحول إلى التـزام بالتعويض إذا لم يقم المدين بتنفيذه"[2]. ما يعني مـن وجهـة نظرنـا، أنـه بموجـب حكـم

---

(1) ورد ذلك عند عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجـع سـابق ص 29.

(2) Code civil français, Dalloz, Paris 1964.

- يقول جيز(Jeze) بهذا الصدد: "ولئن كان مجلس الدولة الفرنسي - في حكم دبلانك - قد طبق جزاء

دبلانك(Déplanque) أدخلت قواعد القانون المدني في مادة الالتزام، ولم يعد دفتـر الشـروط كافيا لوحده، حسبما كان سائد وفقا للمبدأ القديم.

النتيجة المستخلصة من حكم دبلانك (Déplanque):

الخلاصة المستفادة من حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية دبلانك(Déplanque)، تكمن في أن الاتجاه الذي استحدثه مجلس الدولة بموجبه، مثل خطوة مهمة بالقياس إلى النظريات التي كانت سائدة قبل ذلك، وعليه فإن أهم النتائج التي يمكن أن نبنيها على هذا التطور، تتمثل فـي النقاط الآتية:

1 ـ أنه استبعد المبدأ الذي كان يكتفي بنصوص العقد فيما يتعلق بتوقيع الجزاءات.

2 ـ أن الحكم وإن كان صادرا بصدد منازعة متعلقة بعقد التزام مرفق عام، إلا أنه يعتبـر ومن دون أدنى شك، تطبيقا لنظام الجزاءات في العقود الإدارية كافة.

3 ـ بموجبه تم مد العلاقات بين الإدارة والمتعاقدين معها بقدر من المرونة؛ إذ سمح للجهات العامة بأن تخرج من الإطار الجامد لنصوص العقد الذي أبرمته. وهكذا اتسعت الحـدود التـي رسمت للعقود الإدارية عامة، ولأحكام الجزاءات خاصة. وذلك علـى الـرغم مـن أن حكـم دبلانك(Déplanque) وإن كان قد مثل خطوة متقدمة ـ كما أسلفنا ذكره ـ إلا أن فكرة مرونة الجزاءات الإدارية في العقد الإداري في ظله بقيت مقيدة بقيدين، الأول: ويتمثل فـي وجـوب لجوء الإدارة للقضاء إذا أرادت الحصول على تعويض مقابل الأضرار التي تلحق بها جـراء

= التعويض وهو غير منصوص عليه في العقد من دون أن يشير إلى أي نص قانوني، فأن هذا القضاء منـه قد استند ضمنيا إلى نص المادة (1142) من القانون المدني الفرنسي"؛ مؤلفـه (المبـادئ العامـة للقـانون الإداري) مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 866.

تقصير المتعاقد معها، لا أن تحدده - أي التعويض - هي مباشرة. أما الثاني: فيتركز في وجوب تقيد الإدارة بالشروط التي يتضمنها العقد في شأن توقيع الجزاءات، فإذا نص العقد على جزاء لمخالفة معينة، فليس من حق الإدارة توقيع جزاء آخر للمخالفة عينها.

المرحلة الثالثة: (الاعتراف للإدارة بحق تطبيق الجزاء غير التعاقدي بنفسها)

شهدت هذه المرحلة خطوات أكثر جرأة من قبل مجلس الدولة الفرنسي بالنسبة إلى حق الإدارة في توقيع الجزاء لاسيما جزاء التعويض. وبذلك تجاوز المجلس مسلكه السابق في حكم قضية دبلانك(Déplanque) سالف الإشارة إليه. فقد رأى المجلس أن الخطوة التي أتى بها هذا الحكم لم تكن كافية مع أهميتها الكبيرة؛ إذ إنها لم تاب بقدر مناسب مقتضيات المرفق العام في دوام استمراره وانتظامه.

فمن المحقق، أن تقييد الإدارة بضرورة الالتجاء إلى القاضي - كما اشترط على ذلك في حكم دبلانك - لمنح الإدارة التعويضات، إجراء غير ملائم لمقتضيات المرفق العام، كون التهديد بالتعويض لاينتج بالضرورة في الحالات كافة إلى تخوف المتعاقد من القيام بواجباته ومن ثم قيامه بتنفيذ التزاماته. حيث يظل احتمال استمرار تقاعسه قائما لا محالة، وعليه فإن انتظام المرفق العام سيصبح مشلولا.

والقول يستتبع، بأن المادة (1142) من القانون المدني الفرنسي - المشار إليها سلفا - إنما تستهدف فيما تستهدف تنظيم العلاقات بين الأفراد، ولم تقنن بغرض تنظيم علاقات الأفراد بالإدارة باعتبارها القائمة على شؤون المرافق العامة، لاسيما عند استخدامها لعقودها الإدارية. أما مبدأ العدالة الذي يوحي به نص المادة المذكورة، فإنه هو الآخر من مستلزمات قواعد القانون الخاص، الذي يفترض تكييفه مع مقتضيات القانون العام، وهو الإجراء الذي اعتمد

لاحقا كما سنرى.

وفي ضوء ما تقدم، رأى مجلس الدولة من الواجب تبعا لذلك، أن يسمح للإدارة بأن تستعمل امتيازها في التنفيذ المباشر، وذلك بأن تقوم بتطبيق جزاء التعويض بنفسها، وعلى أن تخضـع في تصرفها هذا لرقابة القضاء اللاحقة.

وقد تأكد ذلك، بقيام مجلس الدولة بإصدار العديد من الأحكام القضائية التي جسدت مسـلكه الجديد هذا، لاسيما حكمه الصادر بتاريخ 1929/10/11 بشأن قضية شـركة ملاحـة جنـوب الأطلسي(Compagnie de navigation sud–atlantique)، الذي جاء فيه: "... نظرا لعدم وجود جزاء للمخالفة المنسوبة للملتزم منصوص عليه في دفتر الشروط، فليس ما يمنع أن يكون فعل الملتزم عدم تنفيذ من جانبه لالتزاماته. فالمعارضة المنظمة التي أبدتها الشركة الملتزمـة برفضها تنفيذ شرط مذكور في العقد للمصلحة العامة - الممثلة في حسن سير المرفـق - قـد سبب للدولة ضررا، وهي - تبعا لذلك - من طبيعة تبرر منح تعويض لصالح الدولـة، هـذا التعويض الذي كان من اختصاص الإدارة أن تحمل الشركة الملتزمة به"[1].

---

(1) C.E. 11 Octobre 1929, Compagnie de navigation sud – atlantique, Rec. p. 892.

- وتتلخص وقائع هذه القضية، في أن الشركة المدعية كانت ملتزمة بمرفق خطوط بحرية ، وبمقتضى دفتر شروط الالتزام كانت هذه الشركة ملتزمة بأن تعرض على قضاء التحكيم المنازعات ذات الطابع الجمـاعي التي تحدث بينها وبين مستخدميها بخصوص شروط العمل . وقد حدث أن رفضت الشركة الملتزمة العمـل بذلك في ظرف معين، مما حدا بالوزير المختص بالبحرية التجارية إلى أن يصدر قـرارا تنفيـذيا مباشـرا بتحميل الشركة بمبلغ (...) فرنك كتعويض للدولة. وكانت شرعية هذا القرار من حيث مدى حق الوزير في تقرير التعويض، وتحميل الملتزم به بإجراء مباشر منه أحد أوجه المنازعة في هذه القضية. يمكن في صـدد هذا الحكم والأحكام الأخرى في الإطار عينه والتعليق عليها، مراجعة:

- Jeze (Gaston), Les Contrats administratifs, Tome 04, 1936, p. 122 et p. 126.

النتيجة المستخلصة من المسلك الجديد:

يتضح من واقع ما تم عرضه، أن الإدارة بموجب الأحكام الجديدة لمجلس الدولة، قد تحررت من قيد اللجوء إلى القضاء في حالة طلب التعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء تقصير المتعاقد في أداء التزاماته. إذ قضت الأحكام بحق الإدارة في تحديد التعويض الذي تستحقه من المتعاقد المقصر عن تنفيذ التزاماته بإرادتها المنفردة من دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لاستصدار الحكم بذلك. وليس ذلك فحسب؛ بل ذهب المجلس إلى الإقرار بحق الإدارة في حالات معينة في إحلال جزاءات أخرى محل الجزاءات التعاقدية[1]. فأجاز للإدارة توقيع جزاء أخف من الجزاء المنصوص عليه، كوضع المرفق تحت الحراسة بدلا من إسقاط الالتزام المنصوص عليه في عقد الالتزام، أو توقيع جزاء أشد من الجزاء الذي حدده العقد، كتوقيع الحلول بدلا من فرض الغرامات التي نص عليها في عقد الأشغال العامة، أو توقيع الفسخ بدلا من الحلول المنصوص عليه في العقد.

وعليه نستنتج، أنه بهذه الخطوة القضائية أصبح لنظام الجزاءات في العقد الإداري خصوصيته التي تنبع من قواعد القانون العام عينه، وسياقه الذي يستقل به عن نظام الجزاءات في مبادئ عقود القانون الخاص وقواعده، وهو الأمر الذي سيأتي بيانه في موضعه بالتفصيل.

---

(1) في هذا المعنى: دي لوبادير (De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الأول ص137 ـ 139.

المطلب الثاني

الخصائص المشتركة للجزاءات وأساسها القانوني

الفرع الأول

الخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية

بات من المسلم، أن أنواع الجزاءات التي يحق للإدارة تطبيقها في أثناء تنفيذ العقد الإداري متنوعة ومتعددة. وهذه الأنواع من الجزاءات تجمعها خصائص متعددة، تشترك بها أنواع العقود الإدارية كافة كقاعدة عامة تقبل الاستثناء المحدود، وفقا لخصوصية كل عقد عن الآخر.

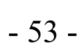
ومما هو مؤكد، أن هذه الخصائص تتجلى بوضوح عند ممارسة الإدارة لسلطتها في فرض الجزاء المقررة لها وفقا لأحكام نظرية العقد الإداري عموما، ونظرية الجزاءات خصوصا.

غير أنه ينبغي التنويه في هذا السياق، إلى أن الخصائص العامة المشتركة - الآتي ذكرها - التي تتميز بها أنواع الجزاءات، وإن كانت تمثل مشكاة واحدة في العقود الإدارية كافة؛ إلا أن مجال إعمالها، لا يمنع الإقرار بوجود بعض الخصائص التي يمكن أن يتميز بها عقد من العقود عن غيره، فثمة خصائص معينة ينفرد بها كل نوع من أنواع الجزاءات عن غيره ومن ثم قد توجد في عقد ولا توجد في عقد آخر - كما سنرى ذلك بالتفصيل عند الحديث عن أنواع الجزاءات في الباب الثاني.

وتأسيسا على ذلك، نرى أن حصر تلك الخصائص وطرقها، يتم من خلال الآتي:

أولا: إثبات الضرر ليس شرطا لتوقيع الجزاء

لما كان من الثابت والمستقر، أن للإدارة سلطة توقيع الجزاءات المختلفة على المتعاقد معها في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية. وكان الضرر مفترضا كنتيجة لإخلال المتعاقد بالتزاماته، أو



لتأخره في التنفيذ. وكان معلوم أن الهدف من اتخاذ الجزاءات ليس مجرد معاقبة المتعاقد علـى خطأ ارتكبه، وإنما يكمن الهدف بالدرجة الأولى في ضرورة تأمين سير المرافق العامـة ودوام انتظامها.

فإنه ترتيبا على ذلك، تقضي أحكام وقواعد النظام القانوني للجزاءات الإدارية فـي العقـد الإداري، بعدم إلزام الإدارة - وهي بصدد استخدامها لسلطتها في فرض الجزاءات - بإثبـات أن إخلال المتعاقد معها بالتزاماته قد أصابها بضرر، وذلك كمبرر لتوقيع الجزاء عليه.

ونشير بهذا الصدد، إلى أن أحكام القضاء الإداري جاءت مؤكدة لمسـلكه المسـتقر بهـذا الشأن، وقد عبر القاضي الإداري عن ذلك بقوله: "إن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها في روابط العقد الإداري إذا ما خالف شروط العقد، أو قصر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجبه، إنما تستهدف أساسا تأمين سير المرافق العامة، فلا يشترط لتوقيعهـا إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ إن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سـبب اسـتحقاقها المنصوص عليه في العقد" (1).

ولعله من الملائم، الإشارة إلى أن أحكاما حديثة للقضاء الإداري، كانت قد ذهبت إلى أبعـد مما قررته في مسلكها السابق؛ ذلك أنها قضت بعدم جواز قيام المتعاقد بإثبات أن تقصيره لـم ينتج عنه أية أضرار للإدارة. وذلك بالقول: "لا تكلف الإدارة بإثبـات الضـرر؛ لأن الضـرر

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم 1086، الصادر في 1963/11/30، السنة 07 ق المجموعة، السنة 09، بند 17 ، ص161.

- للاستزادة بهذا الشأن، يراجع على سبيل المثال: محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإداريـة "القـرار الإداري والعقد الإداري"، مكتبة الهداية، الإسكندرية، 1989، ص 414 وما بعدها.

مفترض بفرض غير قابل لإثبات العكس"[1].

وبغض النظر، عما يمكن أن يقال بصدد هذا المسلك الحديث، فإننا نـتفهم رؤيـة القضـاء الإداري، ورغبته في أن تنأى الإدارة عن التراخي المحتمل وقوعه، فيما إذا ترك للمتعاقد مـع الإدارة الخوض في إثبات عدم وقوع ضرر ما نتيجة إخلاله بتنفيذ العقد الإداري المعني بالأمر. كما أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي بحد ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبـت الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها.[2]

ويلاحظ أن الفقه قد حسم أمره بهذا الصدد، بقوله: "لا يشترط لكي تطبـق الإدارة أنـواع مختلفة من الجزاءات أن يترتب على إخلال المتعاقد بالتزاماته حدوث ضرر للجهة الإدارية، إذ إنه لا توجد صلة بين هذه الجزاءات وبين فكرة الضرر، فالجزاء يطبق بسبب ما حـدث مـن خروج عن بنود العقد بأي شكل من الأشكال، حتى لو لم يترتب على هـذا الخـروج حـدوث أضرار للإدارة فالضرر هنا يفترض حتما وبالضرورة ولا يحتاج لإثبات نفيه ، فمجرد الإخلال يعد قرينة قاطعة ـ على ذلك ـ لا تقبل إثبات العكس"[3].

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعنان 251 ـ 290، لسنة 25 ق، الصادر في 1982/01/16 المجموعة، السنة 27، بند رقم 31، ص 224.

(2) يشير (نصر الدين محمد بشير) بهذا الشأن، إلى أنه: "بخلاف التعويضات التي يشترط فيها أن تكون عن ضرر محقق لحق الإدارة بسبب تقصير المتعاقد معها. إذ يستند ذلك الرجوع إلى أحكام القواعد العامة في أي عقد كان، وتلك الأحكام تقضي بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من ارتكبـه بـالتعويض ويقـدر قيمـة التعويض"؛ مؤلفه (غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام في النظـامين المصـري والفرنسي، دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة، 1998، ص 247.

(3) رأفت فودة، العقود الإدارية والأموال العامة، طبعة 1995، ص 84.

ـ ينظر: أحمد سلامة بدر،العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T،دار النهضة العربية، 2003، ص 176. وكذا عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، 2006، ص 264.

ثانيا: حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها من دون الالتجاء إلى القضاء

يكاد يجمع الفقه - كمبدأ - على حق الإدارة في فرض الجزاءات بنفسها ومن دون حاجة للالتجاء إلى القضاء مقدما. وذلك في حالة إذا ما أخل المتعاقد بالتزاماته الناشئة عن العقد سواء في صورة الامتناع عن التنفيذ، أو التأخير فيه، أو القيام بالتنفيذ خلافا للمواصفات والتعليمات... إلخ.[1]

ونستحضر بهذا الشأن، قول دي لوبادير(De laubadère): "إن تطبيق مختلف الجزاءات يتم بقرار انفرادي من الإدارة، وأن الإدارة - بعكس الوضع في القانون الخاص - ليست في حاجة لأن تطلب من القضاء توقيع الجزاء، فهي تباشر في هذا النطاق امتيازها في التنفيذ المباشر"[2]. وكذا قول (سليمان الطماوي) بإنه: "في هذا المجال تتمتع الإدارة بحرية التصرف التي لا مقابل لها في القانون الخاص. Le privilège de préalable ومن ثم فإنها تستطيع أن توقع الجزاء بنفسها، من دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مقدما"[3].

ومع ذلك، فإن سلطة الإدارة بإرادتها المنفردة كما يراها الفقه، تخضع في ذلك لرقابة

---

(1) ينظر في ذلك تمثيلا لا حصرا: أحمد شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الأولى، 1994، ص 219. وكذا عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، 1994، ص 304 وما بعدها. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 150 وما بعدها. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2000، ص218 - 219. وكذلك محمد سعيد أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، 1983، ص 282 وما بعدها.

(2) العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 134.

(3) الأسس العامة للعقود الإدارية"دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 500.

- يراجع بهذا الشأن:محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني

القضاء اللاحقة؛ إذ يحق للمتعاقد اللجوء إلى القضاء لإلغاء القرار الإداري الصادر عن الإدارة بالجزاء ـ لاسيما في بعض أنواع الجزاء ـ كما له الحق في طلب التعويض فيما إذا ثبت خطأ الإدارة في اتخاذه.

الجدير بالملاحظة، أن الاتجاه الفقهي العام في الدول المقارنة، جاء متوافقا إلى حـد بعيـد وهذا الصدد.[1]

ومما ينبغي التأكيد عليه في هذا المقام، أن القضاء الإداري كان قد أصدر في وقت سـابق أحكاما قضائية متعددة لتقرير هذا المبدأ، وقد أشير إلى ذلك ـ سلفا ـ ولا حاجة لتكراره.

ومع ذلك، فإن الأمر يحتاج إلى توضيح مسألة مهمة في هذا الشـأن، ألا وهـي أن نهـج القضاء الإداري المصري، وإن كان قد اتخذ المسلك عينه لمجلس الدولة الفرنسي ـ كمبدأ ـ إلا أنه ذهب إلى أبعد مما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي. إذ إنه قرر حق الإدارة في توقيـع الجزاء بنفسها، وذلك بالنسبة إلى أنواع الجزاءات كافة، بقوله: "... ومن حيث إنـه وإن كـان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته، فإنه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه ولابد من صدور قرار إداري "[2].

مما يعني، أنه لم يبال بالاستثناء الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي ـ من القاعدة العامة ـ وذلك فيما يتعلق بجزاء إسقاط الالتزام، الذي جعل الحق في توقيعه من قبـل القضـاء، نظـرا لخطورته عمليا[3]، وهو المسلك الذي نراه أكثر صحة؛ لاسيما أذا لم يوجد نص صريح يجيـز

= الطبعة الأولى، القاهرة، 63 ـ 1964، ص 1245 ـ 1246.

(1) يراجع في هذا الصدد: المراجع والمؤلفات التي ذكرت في الصفحة السابقة.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر في 1957/03/17، المجموعة، السنة 11، ص 271.

للإدارة توقيعه من تلقاء نفسها.

ثالثا: حق الإدارة في توقيع الجزاء ولو لم يكن هناك نص

مما ينبغي قوله مقدما، إن الفقه والقضاء الإداريين قد تضامنا على تقرير حق الإدارة فـي توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته. وهذا المبدأ مستقر على أيـة حـال ودوما ما نلمس دأب جهة الإدارة على تضمين عقودها الإدارية التي تبرمها بـالجزاءات التـي يحق لها أن توقعها.

غير أن الملاحظ، أنهما (الفقه والقضاء الإداريان) لم يكتفيا بذلك، وذهبا إلى إعطاء الإدارة الحق في أن توقع الجزاء بأنواعه المختلفة حتى لو لم ينص العقد عليها صراحة. وقد استندا في ذلك إلى حقيقة إن الإدارة لا تستند في أثناء استخدامها لسلطة الجزاءات إلى نصـوص العقـد الإداري، بل إلى سلطتها الضابطة لسير المرافق العامة. ومرجع ذلك كله يكمن في حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام، وضمان استمراره وانتظامه، تحقيقا للمصلحة العامة.(1)

وهكذا يفهم، أن سكوت العقد عن النص على بعض الجـزاءات لا يعنـي بالضـرورة أن الإدارة لا تستطيع توقيع جزاءات لم ينص عليها في العقد. كما أنه إذا نص في العقد على بعض الجزاءات، فلا يعني ذلك بقاء حق الإدارة في توقيع الجزاءات على ما دون العقد؛ إذ إنه يجوز للإدارة أن توقع على المتعاقد المقصر أي من الجزاءات، سواء أكان منصوصا عليها في العقد أم لم يكن منصوصا عليها، وذلك تحقيقا لمصلحة المرفق العام.

---

(1) ينظر: حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة الأنجلـو مصـرية، الجـزء الثاني، الطبعة الأولى، 1958، ص 16. وكذلك توفيق شـحاتة، مبـادئ القـانون الإداري، مرجـع سـابق ص 796 وما بعدها.

وقد عزز الفقه موقفه هذا، استنادا إلى قاعدة أن كل التزام عقدي يقابله جزاء، ومن ثم فـإن خلو العقد من النص على جزاءات بعينها لمخالفة الالتزامات التعاقدية، لا يعني عـدم وجـود جزاء. ومن ثم يحق للإدارة أن تستعيض عن ذلك بجزاءات مستمدة من القواعد العامـة فـي القانون العام، لاسيما المبادئ الأساس للعقود الإدارية. ويكفيها حينئذ عدم وجود ما يخالف ذلك في نصوص القوانين واللوائح المعمول بها.

ونقطف في هذا المقام، ما جاء في مبادئ القضاء الإداري تعزيزا لرؤية الفقه؛ على لسـان القاضي الإداري، بقوله: "... ومن ثم فليس الذي يعتد به ما يقول المدعي في مذكرته مـن أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادرة التأمين، لأنه ما دام الغرض مـن التأمين هو ضمان التنفيذ ... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ، سواء نص أم لم ينص في الشروط على هذا الحق، وإلا لمـا كان هناك محل لاشتراط دفع التأمين مع العطاء"[(1)].

وفي مسألة أخرى ذات علاقة بهذا الموضوع، لاحظنا أن مسلك القضاء الإداري المصري قد اختلف مع ما اتخذه القضاء الإداري الفرنسي ـ وذلك على عكس مسلكهما السابق المتفـق عليه ـ بشأن حالة ما إذا توقع المتعاقدان خطأ معينا ووضعا له جزاء بعينه في العقـد؛ **فهـل يجوز للإدارة ألا تتقيد به، ومن ثم أن تستبدل به غيره من الجزاءات أم لا ؟**

فبينما ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى حد الإقرار بسلطة الإدارة في إحلال جزاءات أخرى

---

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، جلسـة 1957/11/17، الطعـن رقـم 1998، السـنة 10 ق المجموعة، السنة 11.

محل الجزاءات المنصوص عليها في العقد، ولم يتقيد المجلس بهـذا القيـد إلا فيمـا يخـص الجزاءات المالية فقط، وتحديدا جزاء الغرامات[1].

أصر مجلس الدولة المصري، على ضرورة احترام ما نص عليه في العقد بين المتعاقـدين ولا يجوز للإدارة في هذه الحالة مخالفة ما اتفق عليه في العقد. وقد قضت المحكمة الإداريـة العليا بهذا الشأن، بأنه: "إذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معينا ووضعا له جـزاء بعينه، فيجب أن تتقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه، أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات المشار إليها؛ لأن الأحكام التي تتضـمنها اللائحـة كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد"[2].

وللأمانة العلمية، نشير في هذا السياق إلى أن الفقه في مصر قد انقسم على نفسه، فقد ذهب بعض منه إلى تأييد اتجاه مجلس الدولة المصري - المذكور سلفا- بقوله: "إن مبـدأ وجـوب احترام النصوص التعاقدية بالنسبة للجزاءات الإدارية مازال معمولا به من دون أي استثناء ... فلا يجوز للإدارة أن تخالف ما نص عليه في العقد"[3]؛ لاسيما أن قوانين المناقصات ولوائحهـا ماثلة أمام الأطراف في أثناء إبرامهم للعقود الإدارية.

---

(1) ينظر: حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عـن العقـد الإداري، الطبعـة الأولى، 2002، ص 369.

(2) حكمها الصادر في جلسة 1967/04/08، الطعن رقم 1020، السنة 09 ق، مجموعة العقود، ص 788.

(3) إبراهيم الدسوقي عبد اللاطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كليـة الحقوق - جامعة عين شمس، 2003، ص 258. وكذا أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقـود الإدارية، (رسالة دكتوراه، كلية حقوق جامعة القاهرة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 338 وما بعدها. وكذلك محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري "المقومات والإجراءات والآثار"، دار الجامعة الجديـدة للنشر، الإسكندرية، 2006 ، ص 287 - 288.

وفي الوقت عينه، ذهب قسم آخر، إلى القول: "إن الإدارة ستقف عاجزة عـن مواجهـة أي خطر يهدد انتظام المرفق بسبب عدم التنفيذ الصحيح من جانب المتعاقد لالتزاماته بحجة أن لهذا الخطأ جزاء معينا في العقد، ويجب الالتزام به؛ لأننا نسمح بذلك لهذا المتعاقد المخل بالتزاماته أن يتخلص من أدائها باختياره الوفاء بالجزاء التعاقدي، ويعني ذلك بقاء آثار عدم التنفيذ قائمـة بما تشكله من خطورة على سير المرفق"(1).

ومن نافلة القول، إن ثمة أحكاما قضائية ـ كما يبدو ـ قد صدرت عن القضاء الجزائـري في وقت سابق، كانت قد أقرت بهذا المبدأ، وذلك على نحو غير بعيـد عمـا اتخـذه القضـاء الإداري المصري ـ آنف الذكر ـ بقول المحكمة العليـا:"إن بعـض مـن هـذه العقوبـات [الجزاءات] قد يرد النص عليها في العقد [الإداري]، ومن ثم فلا يمكن ممارسة هذه السلطة إلا في هذا الإطار"(2).

رأينا:

مما لاريب فيه، أن الإقرار بمبدأ وجوب التقيد بالجزاء المنصوص عليه في العقد، لاسـيما

---

(1) عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجـع سابق، ص 89 ـ 90

ـ ـ ومن المؤيدين لهذا الرأي، ينظر: رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقـاولات الأشغال العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ـ جامعة بغداد، مطبعة العزي الحديثـة، النجـف، الطبعـة الأولى، 1976، ص 278 ـ 280. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعيـة الإسكندرية، 1996، الجزء الثاني، ص 755.

(2) حكمها الصادر بتاريخ 1968/12/13 في قضية شركة V.B ضد الدولة. أورده أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة محمد عرب صاصيلا)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1979، ص 248 وما بعدها.

أن العقد الإداري مثله كأي عقد آخر، يتم بتلاقي إرادة الطرفين المتعاقدين، ومـن ثـم يتعـين إعمال هذه القاعدة، طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ويستتبع الأمر عدم جـواز اسـتبدال الإدارة للجزاء التعاقدي بجزاء آخر بإرادتها المنفردة. وحجتنا في ذلك تتمثـل فـي أن سـلطة الإدارة حينئذ ستتداخل مع سلطتها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة - سنتطرق لسلطة التعديل وعلاقتها بسلطة الإدارة الجزائية لاحقا- كما أن واقع الحال لا يشجع على الإقرار بمثل هذا التوجه، لاسيما في ظل الظروف الراهنة المتسمة بالتوجه نحـو الخصخصـة، وتشـجيع رؤوس الأموال الخاصة للدخول إلى جانب الدولة في عملية التنمية الشاملة، وهو الأمر الـذي يفترض إيلاء العناية والاهتمام بمبدأ حجية القوة القانونية للنصوص التعاقدية، التي تجسد إرادة الأطراف القائمة على التراضي.

ومع ذلك، فينبغي ألا يتم استخدام هذا المبدأ على إطلاقه، معولا لهدم مبـدأ دوام اسـتمرار المرفق العام وانتظامه، خصوصا إذا تأخر المتعاقد أو أهمل تنفيذ التزاماته لفترة طويلة بحجـة عدم قدرة الإدارة على إلزامه؛ كونهما (أطراف العلاقة التعاقدية) قد أقرا الجزاء المناسب فـي العقد. ومثالنا على ذلك، أن يكون قد تضمن العقد جزاء الغرامة - مثلا - لمخالفة التزاما مـا وتأخر المتعاقد عن تنفيذه، لفترة أصبح من غير الطبيعي وفقا للظـروف الاعتياديـة تحملهـا بالنسبة إلى سير المرفق العام. فعندئذ لا يمكننا الإبقاء على الجزاء المنصوص عليه في العقـد. ومن ثم يحق للإدارة الاستفادة من المبادئ العامة الأخرى، التي تجيز للإدارة وفقا لأحكام النظام القانوني للجزاءات ونظريتها العامة - وقد تناولناها سلفا وبعضها الآخر لاحقا- اتخاذ إجـراء جزائي آخر يكون أكثر فاعلية لمواجهة ذلك الإصرار بعدم التنفيذ بالصورة المناسبة.

وفي تقرير حقيقة أخرى، يجب ألا ننسى - حينها - أن التشريعات المختلفة ذات العلاقـة

إنما وضعت لتخاطب الكافة. وعطفا عليه إذا أقبل الطرف الآخر على التعاقد مع الإدارة، فإنـه يفترض عليه الالتزام بما ورد فيها من قواعد وأحكام قانونية.

رابعا: ترخص الإدارة في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء

من الخصائص التي تشترك بها الجزاءات، أن الإدارة تتمتع بسلطة توقيعها في الوقت الذي تقدره، وتراه مناسبا. وقد رأينا الرأي الراجح في فقه القانون العام، قد أجمع على حـق الإدارة في تقرير ذلك وفقا لسلطتها التقديرية[1].

وكان الفقه قد تضامن والقضاء الإداري، على اشتراط عدم وجود نص صريح فـي العقـد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، يحدد وقتا معينا لتوقيع الجزاء، لكي تستطيع الإدارة الانفراد بتوقيعه في الوقت الذي تراه هي مناسبا.

ذلك أن القضاء وفي وقت سابق، كان قد أقر هذا المبدأ في أحكامه، بقوله: "باستثناء حالـة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها في وقت معين، فإن الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب ما تراه صالحا لضمان سير المرافـق العامـة ومن ثم لا تثريب عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تتريـث فـي إيقـاع الجـزاء بالمتعاقد المقصر حتى يفيء إلى الحق من حيث النهوض بالتزاماته. وقد يكون في هذا التريث تحقيق لهذه المصلحة إذا كان في أحكام العقد ما يكفل حمل المتعاقد على المبادرة إلـى التنفيـذ

---

(1) يراجع بصدد مفهوم وحدود السلطة التقديرية: عبد الباقي نعمة عبد ا ، "السلطة التقديرية للإدارة"، مقال منشور في **مجلة العدالة**، أبوظبي، العدد 35، السنة 10، أبريل 1983، ص 35 وما بعدها. وكـذا عصـام البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، القاهرة، 1971، ص37 ومابعـدها.وكـذلك محمـد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، القاهرة، 1974، ص47 وما بعدها.

كأن يتضمن العقد النص على إلزامه بدفع مبلغ معين"[1].

وليس ذلك فحسب؛ بل منع المتعاقد من حق المحاجة ـ في حالة عدم وجود النص المذكور آنفا ـ بأن الإدارة تراخت في توقيع الجزاء عليه، وأن تراخيها من شأنه إيقاع الضرر بـه؛ إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره.[2]

وغاية مايمكننا قوله، إنه يفضل ألا تطول الفترة التي تسبق توقيع الإدارة للجزاء، بحجة ما للإدارة من حق في تقدير الوقت المناسب من ناحية، وعدم وجود وقت محدد في العقد يلزمهـا بذلك من ناحية ثانية، وذلك تفاديا للضرر الذي يمكن أن يصيب المرفق العام جراء التأخير.

خامسا: التجاء الإدارة إلى القضاء لتوقيع الجزاء بدلا منها

لوحظ أن القضاء والفقه الإداريين يعترفان ـ في آخر المطاف ـ بحق الإدارة في النزول عن حقها في تطبيق الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالالتزامات المقررة عليه، والالتجاء إلى القضاء لتوقيعها بدلا منها، وذلك جنبا إلى جنب إقرارهما بحقها الأصـيل والثابت في توقيع الجزاءات بنفسها. ومن ثم فإن تنازل الإدارة عن حقها الأصيل ولجوئها إلـى القضاء لتوقيعه؛ إنما يعد بالتأكيد أحد المبادئ العامة التي تندرج فـي قـوام النظـام القـانوني للجزاءات ونظريتها العامة، باعتبارها إحدى الخصائص التي تشترك بها أنواع الجزاءات.

إلا أنه غير خفي، إن هذا الموضوع يعد من المسائل الخلافية في الفقـه والقضـاء. وقـد

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1967/05/20، المجموعة، السنة 12، ص 1085.

(2) ينظر: أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية "طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات"، من دون جهـة وسنة النشر، ص 332. وكذا سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا، مطابع الهيئة المصـرية العامة للكتاب، 1991، ص 192.

تراوحت الآراء ما بين مؤيد وغير محبذ لقيام الإدارة بالتنازل عن حقها الأصيل فـي توقيـع الجزاء من تلقاء نفسها، وكذلك الأمر بالنسبة إلى أحكام القضاء الإداري، لاسيما في فرنسا.

فالأخير تراوحت أحكامه في أحقية أو عدم أحقية جهة الإدارة في تنازلها عن سلطتها فـي تطبيق الجزاء بإرادتها المنفردة. إذ إنه التزم في بداية الأمر بعدم إمكانية تنازل جهة الإدارة عن سلطتها في توقيع الجزاء للقضاء. ثم عدل عن هذا المسلك في أحكام لاحقـة، ومنهـا: حكمـه الصادر بتاريخ 17/03/ 1934 في قضية (Gouvernement général d'Algérie) حيـث قضى بأن النص في دفاتر الشروط الذي يخول الإدارة فسـخ العقـد بنفسـها فـي الأحـوال وبالأوضاع المشار إليها به، لا ينبغي أن يكون عائقا يمنع الإدارة من اللجوء إلى قاضي العقـد للحكم بالفسخ لعدم تنفيذ المقاول لالتزاماته[1].

بيد أن المسلك الأخير، القائل بالاعتراف للإدارة بالنزول عن سلطتها في إعمال الجـزاءات ليس على إطلاقه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي. ذلك أنه قد قضى في أحكام أخرى، بالمبـدأ عينه الذي أقره في بادئ الأمر، وهو ما عده الفقه عدول جديد للمجلس، ومن تلـك الأحكـام: حكمه الحديث ـ نسبيا ـ في 1970/07/21 في قضية (Ministre de I'équipement et du logement)، الذي قرر بموجبه عدم إمكانية تنازل الإدارة عن توقيع الجـزاء واللجـوء

---

(1) وكذلك من أحكامه في هذا الشأن، الحكم الصادر في 1956/04/02 في قضية(Ville de Nice) الـذي أقر بموجبه بحق الإدارة عن التنازل في توقيع الجزاء بنفسها، ومن ثم الرجوع للقضاء في ذلك.

ينظر بصدد هذه الأحكام وتعليقات الفقه عليها: جيز (Jeze)، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سـابق الجزء الثالث، ص 923.

إلى القضاء بدلا منها[1].

أما بالنسبة إلى قضاء مجلس الدولة المصري، فلم يعرف عنه أنه رفض أية طلبات تقدمت بها الإدارة للحكم بتوقيع الجزاءات بدلا منها. بل ـ يبدو ـ إن العكس هو الصحيح؛ إذ لاحظنا أن العديد من أحكامه قد أكدت على حق الإدارة في اللجوء إليه. ومن ذلك ما قررته المحكمة الإدارية العليا في حكمها في 1962/06/09، الذي من جملة ما جاء فيه: "إنه وإن كان الحكم المطعون فيه قد أصاب الحق، إذ قرر أن الحجز الذي أوقعته الوزارة قد وقع بالتطبيق للشروط التي تعاقدت عليها مع الشركة ولأحكام لائحة المخازن والمشتريات، فتكون الوزارة قد استعملت حقها الممنوح لها في تقدير تعويضاتها قبل الشركة وخصمها من مستحقاتها، إلا أن هذا الحكم قد أخطأ في تأويل القانون وتطبيقه، إذ قرر أن الوزارة قد نزلت عن هذا الحق نزولا صريحا بالتجائها إلى القضاء، وإقامتها الدعوى لايستقيم مع تمسك الوزارة بالحجز في مذكرتها التي وجهت فيها هذه الدعوى إلى الشركة، وهي الدعوة [الدعوى] الفرعية التي لم تقصد بها الوزارة إلا أن تحسم النزاع في المستقبل فيما قررته من تعويض، ومن ثم فإنه ما كان يصح القضاء بعدم الاعتداد بالحجز على هذا الأساس"[2].

أما في محيط الفقه، فإن استقصاء سريعا لما قد تم في أروقته، يوصلنا إلى أن ثمة من يؤكد حق الإدارة في تنازلها في توقيع الجزاء إلى القضاء، وهم الأغلبية. بينما هناك من تردد ووضع بعض القيود لقيام الإدارة بذلك.

---

(1) لمعرفة المزيد عن هذا المسلك الحديث للمجلس، يرجى على سبيل المثال مراجعة:

- Bourjol (Maurice), Droit administratif, l'action administrative, Paris, 1972, p. 285.

(2) المجموعة، السنة 07، ص 1024.

فمثلا يرى بونار(Bonnard): "بإمكان لجوء الإدارة إلى قاضي العقد، لطلب تطبيق الجزاء على مقاوليها بدلا منها. وذلك تأسيسا على أن الإدارة في نطاق تصرفاتها وأعمالهـا تتحمـل مسؤولية هذه الأعمال والتصرفات إذا نسب إليها خطأ. ولدرء هذه المسؤولية فإنها قـد تختـار اللجوء إلى القاضي أحيانا".(1)

ويأخذ جيز(Jeze) بهذا الاتجاه في الرأي، على أساس أنه لا يوجد أي مبدأ يعترض علـى أنه يمكن للإدارة أن تطلب من قاضي العقد تطبيق الجزاء على مقاوليها ومورديها بدلا منها. إذ لن تزداد حالة المتعاقدين معها خطورة، فيما إذا لجأت الإدارة إلى القضاء. وبالنسبة إلى الإدارة فإن عليها أن تختار الإجراء الذي يبدو لها أكثر ملاءمة للمرفق العام، وأقل خطورة.(2)

وتبعا لذلك يؤكد (عبد المجيد فياض): "أن الرأي الغالب يعترف لـلإدارة بـالحق فـي أن تتنازل عن سلطتها في تطبيق الجزاء بإرادتها المنفردة، سواء استمدت سلطتها هذه من العقد أو من القواعد العامة، وأن تسلك طريق القضاء وهو طريق الأصل"(3).

أما الجانب الآخر من الفقه، فمازال مؤيدوه متمسكين بالأصل القائل بعدم إمكانيـة تنـازل الإدارة عن حقها، وهو في رأيهم الطريق الأصوب، حتى لا يقال إن الإدارة قد تنازلـت عـن حقها في توقيع الجزاءات من تلقاء نفسها، وهو الامتياز الثابت لها بموجب نظرية العقد الإداري عموما، ونظرية الجزاءات خصوصا. مع أن بعضا منهم يعود ليقر للإدارة بهذا الحق، ولكـن

---

(1) Bonnard (Roger), Précis de droit administratif,04ème édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1943, p. 226.

(2) ينظر مؤلفه: المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 992.

(3) العقد الإداري في التطبيق العملي، المكتبة القانونية، 1983، ص 166 ـ 167.

على سبيل الاستثناء من الأصل.

وفي هذا الإطار، يتساءل بيكينو(Pequignot)، بقوله[1]: "هل تستطيع الإدارة وهي تتمتـع أصلا بامتياز التنفيذ المباشر في عقد الأشغال العامة، أن تتجرد منه بشرط صريح في العقد". ثم يضيف: "بأن الإدارة لاتستطيع التنازل عن امتياز التنفيذ المباشر لأجل الحلول محـل مقاولهـا المتخاف عن أداء التزاماته. باعتبار أن هذا الامتياز تقرر لصالح الإدارة لتحاشي بطء القضاء. هذا البطء الذي يمكن أن يعرقل حسن سير المرافق العامة"، وأيضا "لاتستطيع الإدارة أن ترفع الأمر إلى قاضي العقد لتطلب منه إعمال الجزاء، إذا كان العقد يجعل من اختصـاص سـلطة إدارية أخرى، كسلطة الوصاية".

مما يعني أن بيكينو(Pequignot) يشترط لممارسة الإدارة حقها في التنازل، ألا يكون ذلك في الحالات المستعجلة، التي يشكل اللجوء للقضاء في هذه الحالة عرقلة لسير المرفـق العـام وتهديد لانتظامه. وألا يكون قد احتفظ في العقد، لسلطة إدارية أخرى كسلطة الوصاية مثلا بحق تطبيقه. أما في غير تلك الحالتين، فيجوز للإدارة أن تلجأ إلى القضاء. وعلى العموم، فقد عـد الفقه ذلك بمثابة اشتراطات وقيود من جانب بيكينو(Pequignot).

ويؤيد هذا الرأي (محمد كامل ليله)، بقوله: "إن الإدارة ليس لها التنازل عن امتيازاتها، بـل ينبغي عليها ممارسة هذه الامتيازات؛ لإن تلك الامتيازات تقررت لها لتفـادي بـطء القضـاء ولتحقيق الصالح العام"[2].

---

(1) النظرية العامة للعقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 419 ـ 425.
(2) نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1962، ص 123.

رأينا:

إنه ليس ثمة مايمنع أن تكون سلطة الإدارة في التنازل عن توقيع الجزاء بنفسها واللجـوء إلى القضاء، حقا مقررا في النظام القانوني العـام للجـزاءات. فـإذا كـان إجـراء التنفيـذ المباشر يحقق للإدارة الطمأنينة تجاه مسؤوليتها؛ فإن اللجـوء إلـى القضـاء يشـكل ضـمانة حقيقية للمتعاقد معها.

وهي كما يقول (سليمان الطماوي): "إن الإدارة إذا كان لها أن توقع الجزاء بنفسها، فإنهـا تفعل ذلك على مسؤوليتها تحت رقابة القضاء، ومن ثم لها أن تسلك الطريق الأحوط، فتطلـب من قاضي العقد أن يحكم بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسبا حتى تأمن جانب المسؤولية "[(1)].

غير أن قولنا هذا لايجب أخذه على إطلاقه، وتطبيقه كقاعدة عامة لاتقبـل الاسـتثناء فـي الأحوال جميعا.

مما يعني، أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار بعض أنواع الجزاءات التـي لاتحتمـل ـ فيمـا يبدو ـ إجراءات القضاء المتصفة بالبطء عادة. لاسيما الجزاءات الضاغطة، كوضع المرفـق تحت الحراسة، أو الشراء على مسؤولية المورد المقصر، ففي هذه الحالة فإنه ينبغي أن تتمسك الإدارة بممارسة حقها الأصيل في توقيع الجزاء بنفسها.

---

(1) الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 495.

الفرع الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تطبيق الجزاء

يكاد يجمع فقه القانون العام في الدول المقارنة، على أن حق الإدارة في تطبيق الجزاء بالإرادة المنفردة، على المتعاقد الذي يقصر عن أداء التزاماته، امتياز مسلم به، توقعه بنفسها من دون ضرورة لاستصدار حكم قضائي بذلك. وقد وجد هذا الجمع سنده فيما تتمتع به الإدارة من الامتيازات والرخص القانونية التي تسمح بها المبادئ العامة للقانون العام، بحكم قيامها على رعاية سير المرافق العامة بانتظام واطراد، تحقيقا للمصلحة العامة. وأهم وأبرز تلك الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة، هو ترخصها في استخدام وسيلة التنفيذ المباشر ليس في تنفيذ قراراتها الإدارية فقط، وإنما قراراتها في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية أيضا.

ومع ذلك، لوحظ أن الفقه وهو يجمع على حق الإدارة المكفول بتطبيق الجزاء، باستخدام امتياز التنفيذ المباشر، قد توقف مليا عند مسالة الاعتبارات العامة للأساس القانوني الذي يمكن أن ترد إليه هذه السلطة. فبينما ذهب جانب منه، إلى الاعتداد بفكرة المرفق العام وما تقتضيه ضرورات سيره بانتظام واطراد، كأساس قانوني. ردها جانب آخر، إلى فكرة السلطة العامة ومبرراتها الآمرة، في الوقت الذي ظل آخرون يرددون مبدأ الحل التوفيقي بين هذه الفكرة وتلك.

وإزاء ذلك، نرى أن نتناول موضوع تقدير نظرية التنفيذ المباشر في دائرة جزاءات العقد الإداري أولا، كأساس لسلطة الإدارة الجزائية. ومن ثم نستعرض الرؤى التي قيلت في محيط فقه القانون العام بصدد الأساس الذي يمكن أن يقوم عليه امتياز الإدارة باستعمال وسيلة التنفيذ المباشر في تطبيق الجزاء في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، وذلك على النحو الآتي:



أولا: مفهوم التنفيذ المباشر في النظرية العامة للجزاءات

يفهم معنى التنفيذ المباشر في العموم، على أنه إحدى الوسائل المتاحة لـلإدارة فـي تنفيـذ قراراتها الإدارية قبل الأفراد، بإرادتها وحدها، ومن دون حاجة للجوء إلى القضاء.(1)

والتنفيذ المباشر في النظرية العامة للجزاءات في العقود الإدارية ونظامها القانوني، يعرف بكونه: حق الإدارة في إصدار القرارات الإدارية الفردية المتعلقة بتوقيع الجزاءات تجاه المتعاقد المقصر عن تنفيذ التزاماتـه، وتنفيـذها بصـورة تلقائيـة، ومـن دون المـرور بالقضـاء لاستصدار حكم بذلك.

وجديرا بالإشارة، إلى "أن نظرية التنفيذ المباشر تقوم بدور كبير في نطاق جزاءات العقـد الإداري، ومن خلالها تعطينا النتائج كافة، التي تقتضيها تلك الجزاءات. فلها أن تضع المرفـق المدار بطريق الالتزام تحت الحراسة، وتحل محل المتعاقد المقصر أو أن تحل محله آخر لتنفيذ العقد، وأن تفسخ العقد وتجري تصفيته بنفسها. وكذلك تجبر المتعاقد على دفع التعويضـات أو الغرامات أو الجزاءات الأخرى التي قررتها ضده بوسيلة أوامر الدفع مباشرة، وأن تخصم من مستحقاته لديها ماتقدر أنها دفعته بالزيادة له"(2).

وفي الواقع، يلاحظ أن آراء الفقه في تقرير هذا الدور، جاءت متوافقة مع المبادئ والأحكام

---

(1) ينظر: إبراهيم محمد علي، نظرية الاعتداء المادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس ص 91 وما بعدها؛ ومؤلفه (الوسيط في القانون الإداري)، 1977، ص 172 وما بعدها. وكذا ثروت بـدوي مبادئ القانون الإداري، القاهرة، 1971، ص 56. وكذلك عثمان خليل، القانون الإداري "الإدارة وتنظيمهـا" الطبعة الثانية، 1950، ص 21 وما بعدها.

(2) بيكينو(Pequignot)، النظرية العامة للعقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 422.

التي استخلصها القضاء الإداري والمدني كذلك، بخصوص حق الإدارة باستخدام وسيلة التنفيـذ المباشر في أثناء توقيعها للجزاءات في العقد الإداري، وقد قضي بأن: توقيع إجراءات الضغط على المتعاقد المقصر هو مباشرة الإدارة لسلطتها في التنفيذ المباشر علـى حسـاب المتعاقـد المقصر في أداء التزاماته، وأن الأمر الذي تصدره بالامتناع عن صـرف المبـالغ المسـتحقة للمقاول لدى جهات الحكومة المختلفة على مقتضى شروط العقد الإداري نتيجة سحب العمل منه لا يعتبر حجزا إداريا، بل هو من وسائل تنفيذ العقد الإداري الذي يخرج عن ولايـة القضـاء العادي سلطة الفصل فيه، وأن للإدارة سلطة التنفيذ المباشر عند إخلال المتعاقد معها بالتزاماته فلها أن تحل بنفسها محله في تنفيذ الالتزام أو أن تعهد إلى شخص آخر بتنفيذه علـى حسـاب المتعاقد المتخلف.[1]

ونرى من واجبنا التنويه بضرورة عدم الخلط بين التنفيذ المباشر بالمعنى المتقـدم، وبـين التنفيذ الجبري الذي تلجأ إليه الإدارة في حالة امتناع المتعاقد المقصر عن الالتزام بتنفيذ قرارها الصادر بالجزاء طواعية، الذي يكون لها عندئذ استخدام القوة الجبرية، بالصورة التي تسمح بها التشريعات النافذة.

ومن ناحية أخرى، فإن ما رآه نفر من الفقه من أن التنفيذ المباشر كامتياز للإدارة، ووسيلة تستطيع من خلالها توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر بإرادتها المنفردة وبصورة تلقائية؛ قد أصبح في حالة نكوص، يصـبح فـي نظرنـا جـدير بالإهمـال، إذ إنـه لـم يـؤثر فـي

---

(1) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1962/12/16، مجموعة السنة 10، رقـم 34 ص 313. وحكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1967/03/14، مجموعة المكتب الفنـي، السـنة 18 ص 612؛ وحكمها الصادر في 1963/11/21، مجموعة المكتب الفني، السنة 14، ص 1801.

المبدأ الثابت والمستقر على النحو الذي أشرنا إليه سلفا، ولعل ما يؤكد صحة زعمنا هـذا، مـا أجمعت عليه غالبية الفقه، وأيدته أحكام القضاء[1].

ثانيا: الاعتبارات القانونية للتنفيذ المباشر كأساس لسلطة الجزاء

من المسلم به - إذن - أن وجهة النظر الغالبة في الفقه المقارن المؤيدة بأحكـام القضـاء تعترف بسلطة الإدارة في تطبيق الجزاء على المتعاقد المقصر معها في أثناء تنفيـذ عقودهـا الإدارية، وذلك بإرادتها المنفردة في أثناء ممارستها لامتيازها في التنفيذ المباشر - من دون حاجة لتدخل القضاء ابتداء ومن دون حاجة إلى نص تعاقدي يمنحها هذا الحق - وهـو مـن الأمور المستقرة التي لا نزاع فيها، ومع ذلك يدور الخلاف في أساس هذه السلطة.

وفي هذا المضمار، ظهرت محاولات عديدة في محيط الفقه، انقسم في ضوئها على قسمين أساس، الأول: يرى منتسبوه، أن أساس سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات يكمـن فـي فكـرة المرفق العام. وأما الثاني: يعتبر مؤيدوه أن فكرة السلطة العامة، هي الفكرة الصالحة كأسـاس لسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر في أداء التزاماته.

ومن المفيد التذكير بداية، أن أساس سلطة الجزاء سواء أكان يرد إلى فكرة المرفق العام في دوام انتظامه، أم إلى فكرة السلطة العامة، أم في الجمع بينهما؛ فإن ذلك كله لاينفـي بطبيعـة

---

(1) ينظر في هذا كمثال: توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق ، ص 96 وما بعـدها. وكـذا نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العـام " فـي النظـامين المصري والفرنسي دراسة مقارنة "، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 50 وما بعدها. وبشكل عام: محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، مرجع سابق، ص121 وما بعـدها. وكـذلك محمـد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 164 وما بعدها.

الحال أن سلطة الإدارة الجزائية، تجد سندها ومبررها القانوني فيما تـنص عليـه التشـريعات النافذة ودفاتر الشروط الإدارية العامة، فضلا عن نصوص العقد عينها ودفاتر شروطها، التـي عادة ما ينص فيها على حق الإدارة في اتخاذ الجزاءات في حالة إخلال الطرف الآخر بتنفيـذ التزاماته المنصوص عليها.

غير أنه لما كانت الجزاءات التي يمكن للإدارة أن توقعها على المتعاقد المقصر، إنما يمكن ردها إلى نوعين: جزاءات تعاقدية، وجزاءات من القواعد العامة (غير تعاقدية) كون كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة، لايقتصر على أن يكون إخلالا بالتزام تعاقدي فحسب؛ وإنما فيه مساس بالمرفق العام الذي يتصل به العقد. وكانت نظرية العقد الإداري ونظامها القانوني، قـد اعتبرت سلطة الجزاء جزءا لا يتجزأ من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في قواعد القـانون الخاص - إلى جانب حقها في الرقابة والإشراف والتوجيه وتعديل عقودها الإداريـة - التـي لايستقيم قيام العقد الإداري إلا بها، إلى جانب ركنيه الآخرين: أن تكون الإدارة طرفا في العقد وضرورة أن يتصل العقد بنشاط المرفق العام، علما أن هذه الأركان أو الشروط، بالقدر الـذي تجد فاعليتها داخل العقد تجد - أيضا - في خارجه.

فإنه من المستساغ في هذه الحالة، أن نتصور أن أساس سلطة الجزاء يتجاوز فـي حقيقـة الأمر، فكرة الأساس القانوني المستند إلى النصوص التعاقدية فقط، لا بل المستند - كـذلك - على النصوص التشريعية، التي لايتم اللجوء إليها، إلا عند غياب النص الصريح فـي الاتفـاق المبرم بين أطراف العلاقة التعاقدية، كما هي الحـال فـي عقـود القـانون الخـاص علـى اختلاف إشكالها.

فإنه من الطبيعي تبعا لذلك، أن يرد أساس سلطة الإدارة في اتخاذ الجزاء، إلـى مبـررات

واعتبارات قانونية خارج نطاق تلك الدائرة ـ أو على الأقل تزيد عليه ـ وتحديـدا إلـى مـا تمتلكه الإدارة في ذاتها وتتصف به، سواء بكونها القائمة على رعاية المرفق العام الذي يفترض عليها الحفاظ على ديمومة سيره وانتظامه خدمة للجمهور، أو بصفتها صاحبة السلطة العامة.

وعموما من اللافت للنظر أن الآراء كافة، التي تتنازع فكرة الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية، تستند في الواقع ـ وباستمرار ـ إلى أحكام القضاء الإداري، ولكنهـا تختلـف مـن زاوية رؤيتها وتفسيرها لهذه الأحكام، ومن ثم بالكيفية التـي رأتهـا مناسـبة لتأكيـد صـحة نظرتها للأمر.

وإزاء ذلك كله، آثرنا أن نتوقف عند أهم تلك الرؤئ والأفكار التي طرقها الفقه المقارن بهذا الشأن؛ لاسيما المستقر منها، وذلك على النحو الآتي:

1 ـ فكرة السلطة العامة كأساس للسلطة الجزائية:

ويرى أنصار هذا الفريق، بأن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية تكمن في فكرة السلطة العامة. ومن مؤيديه هوريو(Hauriou)، الذي يقول بـإن: "مـن حـق الإدارة استعمال امتيازها في التنفيذ المباشر في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرافـق العامة للدولة. فلها أن تفسخ [مثلا] عقد الأشغال العامة أو التوريـد، وأن تحـل نفسـها محـل متعاقدها المقصر في تنفيذ التزاماته، وذلك بمجرد قرار بسيط من جانبها مـن دون أن تكـون ملزمة بعرض الأمر على القضاء ليقضي لها بهذه الإجراءات "[1].

وكذلك فيدل (Vedel) الذي يرى بأن: "سلطة الإدارة في مجازاة المتعاقد معهـا بمقتضـى

(1) Hauriou (M.), Précis élémentaire de droit administratif, 1903, p. 227.

عقد إداري في حالة سكوت نصوص العقد، ينبع من فكرة السلطة العامة "[1].

ومن الفقهاء العرب الذين أخذوا بهذا الرأي ودافعوا عنه، (ثروت بدوي) القائل: "إن الأساس القانوني لسلطة الجزاء يكمن في فكرة السلطة العامة، للارتباط الوثيـق لهـذه الفكـرة بالعقـد الإداري، إذ يمتد أثرها إلى تنفيذ هذا العقد فيخضعه لقواعد استثنائية، ولو لم يكـن منصوصـا عليها فيه ... والجزاءات التي توقعها الإدارة إذا قصر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، هي مظهـر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وهي تطبيق وإعمال لامتياز من أهم امتيـازات السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة قبل الأفراد وهو امتياز التنفيذ المباشر"[2].

2 ـ فكرة المرفق العام كأساس لسلطة الجزاء:

تعد فكرة المرفق العام بالنسبة لدعاتها، هي الأساس القانوني الصالح لسـلطة الإدارة فـي توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر. وقد ذهب جيز(Jeze) بهذا الشأن للقـول: "إن السـير المنتظم والمستمر للمرفق العام يتطلب أكبر قدر من الدقة في تنفيذ العقد الإداري، ولذلك فمـن المهم أن تكون لالتزامات المتعاقد مع الإدارة جزاءات حازمة ... فاحتياجات المرافـق العامـة هي أساس وقياس جزاءات القانون العام"[3].

---

(1) Vedel (G.), Droit administratif, 05ème édition, Paris, 1973, p. 251.

(2) مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، طبعة 1968، ص 135 وما بعدها.

ـ من أنصار هذا الرأي: أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسـالته للـدكتوراه مرجع سابق، ص 341 وما بعدها. وكذا السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقـد الإداري بالإرادة المنفردة، مذكرة ماجستير، كلية الحقـوق ـ جامعـة طنطـا، 1994، ص 118. وكـذلك مـازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقـد الإداري، دار المطبوعـات الجامعيـة، الإسـكندرية 2002، ص 92.

(3) المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 856.

ويؤيد هذا الرأي دي لوبادير (De laubadère) بقوله: "إن الجزاءات في العقود الإداريـة لا تستهدف قمع أوجه الإخلال بالالتزامات التعاقدية فحسب؛ وإنما تهدف إلى كفالة حسن سـير المرافق العامة "[1].

وفي المقام عينه، يقول (سليمان الطماوي): "حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المخل بتنفيذ التزاماته مردها إلى فكرة أن هذا العقد يستهدف تسيير مرفق عـام عـن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، فوجود المرفق العام هو الأساس القانوني لسلطة الإدارة فـي فرض الجزاءات على المتعاقد لضمان تنفيذ الالتزامات المتصلة بسير المرفق العام، أو استبعاد الاختلال الذي يكون قد لحق بالمرفق العام"[2].

رأينا:

لا مندوحة عن أن تباين وجهات النظر بشأن إرجاع الأساس القانوني للسلطة الجزائية فـي

---

(1) العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 134.

(2) مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، سنة 1973 ، ص 352؛ ومؤلفه (الأسس العامة للعقود الإدارية) مرجع سابق، ص 497 وما بعدها.

ـ في هذا الاتجاه في الفقه العربي، ينظر : توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، مرجع سـابق، ص 794. طعيمة الجرف، القانون الإداري "دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة، مكتبـة القـاهرة الحديثـة 1963، ص 396. وكذا عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 64 وما بعدها؛ الذي يضيف بهذا الصدد: "إن أساس الجزاءات مؤسـس علـى مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام الذي يتصل به هذا العقد، وهو الأمر الذي يلقى تأييدا تاما مـن قضـائنا المصري"، المرجع عينه، ص 67. وكذلك عبد المنعم محفوظ، القانون الإداري "دراسات تأصيلية مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة"، الكتاب الثاني، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1979 ص 280. فـؤاد العطـار مبادئ القانون الإداري، الطبعة الثالثة، 1976، ص 598. نبيلة عبد الحليم كامل، الوجيز في القانون الإداري المغربي، دار النشر المغربية، 1981، ص 222. وحيد رأفت، القانون الإداري، 1938ـ 1939، ص 373.

دائرة جزاءات العقد الإداري، سواء بناء على امتيازها في التنفيذ المباشر على أسـاس فكـرة المرفق العام الذي يتصل به العقد الإداري، أو بناء على امتياز التنفيذ المباشر على أساس فكرة السلطة العامة التي يرتبط بها هذا العقد؛ إنما يعود إلى خلاف آخر، أعم وأشمل، يـدور حـول تحديد أساس قواعد القانون الإداري عينه. وذلك فيما إذا كان هذا الفرع من القانون يفترض أن يفهم كقانون المرافق العامة، أو كقانون ممارسة السلطة العامة، وهو الأمر الذي أثـار جـدلا عميقا وموسعا في أروقة الفقه.(1)

وباختصار شديد، فإننا نميل إلى الأخذ بفكرة أن امتياز الإدارة في التنفيذ المباشر في مجال جزاءات العقود الإدارية، إنما يقوم على أساس مقتضيات فكرة المرفق العام، لا علـى أسـاس فكرة السلطة العامة.

وهكذا، فإننا نرى - إضافة للاعتبارات السالف ذكرها - أن جهة الإدارة عندما تفـرض الجزاءات إنما تفرضها خدمة للمصلحة العامة في سير المرافق العامة بانتظام، وبذلك يمكن لنا قياس تلك السلطة وانحرافها فيما إذا تجاوزت حدوده الإدارة. بينما في ظل الأخذ بفكرة السلطة العامة، فإنه سيصعب علينا تحديـدها، ممـا قـد يـؤدي إلـى تعسـف الإدارة، ومـن ثـم

---

(1) لسنا بصدد التعمق فيما دار في أروقة الفقه، بخصوص الخلاف القائم حـول أسـاس قواعـد القـانون الإداري، وتجاذبته ما بين فكرتي المرفق العام والسلطة العامة، وهو الأمر الذي أدى بالفقه إلى معركة طويلة حامية، مازال يتردد صداها كل حين حتى وقتنا الحاضر. ولكن نحيل القارئ تمثيلا لاحصرا، في تفصـيلات هذه الموضوع إلى:

- Duguit (L.), Traité de droit constitutionnel, 03ème édition, Tome 01, 1927, p. 680; Tome 02, 1928, p. 59.

وكذلك محمود محمد حافظ، القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعـة الثالثـة 1966، ص 237.

إلى هروب المتعاقدين من التعاقد معها - بوسيلة العقد الإداري - تخوفا مـن مجابهـة تلـك السلطة. كما أن العقد الإداري في آخر المطاف، إنما هو عقد قائم على أساس التراضي كبقيـة العقود بصرف النظر عن أركان قيامه الخاصة، وليس مجرد رخصة يتحصل عليهـا الطـرف الآخر من الإدارة.

وأخير وليس بآخر، فإن فكرة السلطة العامةٍ يصعب قبولها، حتى في ثوبها الجديـد، الـذي يعرضه الجانب الفقهي المؤيد له - كما شكك بها الجانب الآخر من الفقه وفند اعتباراتها تفنيدا دقيقا - إذ إنها تقف عند الوسيلة من دون الاهتمام بالغاية، فضلا عما تهيئه من فرص لاستبداد الإدارة اعتمادا على السلطة وتعسفها في استعمالها. وعلى ذلك - نعتقد جازمين - فإن السلطة العامة، لا يجب أن تكون سلطة قانونية في ذاتها، وإنما وسيلة لتحقيق الخدمات التـي تؤديهـا الدولة إلى الأفراد عن طريق المرافق العامة، وبذلك فهي مقيدة بهدف المرفق العام الذي يسـبغ على تصرفاتها طابع الشرعية.

المبحث الثاني

القيود المفروضة على سلطة الإدارة الجزائية

تمهيد وتقسيم:

أشرنا سلفا إلى أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المقصر معهـا في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، تمثل امتيازا كبيرا للإدارة، لا تعرفه مبـادئ عقـود القـانون الخاص. وتطرقنا ـ أيضا ـ إلى أن فقه القانون العام في غالبيته، سواء في فرنسا، أو في مصر أو في الجزائر، أو في اليمن؛ كان قد أجمع على حق الإدارة في ممارسة تلك السلطة في إطار ممارستها لحقها في التنفيذ المباشر وسلطتها التقديرية، في أثناء قيامها برعاية نشـاط المرافـق العامة وضمان سيرها بانتظام.

وقد تأكد هذا الحق للإدارة، بموجب العديد من الأحكام القضائية التي أقرها القضاء الإداري وليس ذلك فحسب؛ وإنما استنادا ـ كذلك ـ إلى تلك الأحكام التي صدرت عن القضاء العـادي بهذا الشأن.

وقد أصبحت تلك المبادئ والأحكام جزءا لايتجزأ من المنظومة التشريعية التي تنظم عملية التعاقد الإداري. نظرا لاقتناع المشرع ـ فيما يبدو ـ بما جاءت به النظريـة العامـة للعقـود الإدارية عموما، ونظرية الجزاءات خصوصا بهذا الصدد، وتسليمه بها. وقد أثـرى المشـرع المقارن تشريعاته بجملة كبيرة من النصوص القانونية التي تتوافق مع هذا التوجه، وتجسد فـي آخر المطاف ما توصل إليه النظام القانوني العام للجزاءات في العقود الإدارية.

وقد وجدنا، أن نظرية الجزاءات ونظامها القانوني، لم تقف عند ذلك الحد، بل وضعت إزاء ذلك حدودا لا يجب على الإدارة تجاوزها، وإلا أصبحت قراراتها مهددة بعدم المشروعية. ذلك



أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية، وإن كانت سلطة تقديرية؛ فإنها مقيدة بالقاعـدة العامة التي توجب أن تكون تصرفاتها جميعها بقصد تحقيق الصالح العام.

وقد عدت تلك الحدود بمثابة ضمانات للطرف الآخر في العقود الإدارية تجاه سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات. مما يعني أن نظرية الجزاءات لا ترسم حقـوق الإدارة وسـلطاتها تجـاه المتعاقد الآخر فقط، بل تعترف لهذا الأخير بضمانات قانونية لحماية حقوقه من احتمال تجـاوز الإدارة لحدود سلطتها.

وتمثل تلك الضمانات بحسب الفقه، قيودا مفروضة على الإدارة الالتزام بهـا فـي نطـاق ممارستها لسلطتها في اتخاذ مختلف أنواع الجزاءات كقاعدة عامة.

وأبرز تلك القيود (الضمانات) بعد حصرها [1]، تتمثل في ضرورة التـزام الإدارة بإعـذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء، لاسيما في حالة النص عليه صـراحة فـي العقـد أو دفتـر

---

(1) من بين تلك القيود والضمانات أيضا عدم جواز استخدام الإدارة لسلطتها إلى حد توقيع جزاءات جنائيـة حتى لو كان إخلال المتعاقد بالتزاماته يشكل جريمة. كما أن الإدارة لا تستطيع من ناحية أخـرى اسـتعمال سلطتها العامة كسلطة ضبط إداري لضمان تنفيذ العقود الإدارية عن طريق الـنص علـى عقوبـة جنائيـة. للاستزادة يراجع على سبيل المثال: محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري "المقومات والإجراءات والآثـار" مرجع سابق، ص 286 وما بعدها؛ ومؤلفه (أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري والعقد الإداري)، مرجع سابق، ص 416.

ـ جدير بالإشارة، أن حقوق المتعاقد المستحقة عند تنفيذ العقد، لاتقف بالطبع عند هذه الضمانات؛ وإنما لـه اقتضاء حقوقه الأخرى، وفي مقدمتها حصوله على المقابل المالي جراء تنفيذ التزاماته، وحقه في الحصـول على التعويضات فيما إذا تجاوزت الإدارة حدود سلطاتها، أو فرضت عليه استحقاقات جديدة أخرى، وحقـه في إعادة التوازن المالي للعقد. غير أنه لما كانت هذه الحقوق تعد من الحقوق العامة للمتعاقد في تنفيذ العقـد الإداري بشكل عام، وغير متعلقة فقط بسلطة الإدارة في أثناء توقيع الجزاءات الإدارية؛ فقد تجاوزنا الحديث عنها. ثم إن موضوعنا ينحصر في السلطة الجزائية، من حيث هي حق خاص بالإدارة.

الشروط. ويعتبر هذا الالتزام إجراء جوهريا يترتب على تخلفه عدم مشروعية الجزاء كقاعدة عامة. وكذلك فإن قرار الإدارة في توقيع الجزاء يخضع لرقابة لاحقة من قبل القضاء، سواء من زاوية المشروعية أو الملاءمة. ففيما يتعلق بالجزاءات المالية، يستطيع القاضي أن يحكم بردها، أو بالإعفاء منها، أو بتخفيضها على حسب الأحوال. أما فيما يتعلق بوسائل الضغط والإكراه التي تلجأ إليها الإدارة مثل التنفيذ العيني على مسؤولية المتعاقد في صورها المختلفة كوضع المقاولة تحت التنفيذ المباشر، والشراء على حساب المتعاقد، والوضع تحت الحراسة. أو بالنسبة إلى الجزاءات الفاسخة؛ فإن القاضي يستطيع أن يحكم بالتعويض عنها، ولكنه لايستطيع أن يحكم بإلغائها في جميع الحالات.

إن دراسة هذه القيود (الاشتراطات)، تتطلب منا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، فبينما نتناول في الأول، التزام الإدارة بإعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء. سنتطرق في الثاني، إلى رقابة القضاء اللاحقة على قرار الإدارة بفرض الجزاء على المتعاقد المقصر. وستكون دراستنا في كليهما من وجهة نظر عامة نسبيا، أما ما قد يكون لهاتين الضمانتين من قواعد خاصة بالنظر إلى بعض الجزاءات، فسوف نشملها بمناسبة دراسة القواعد الخاصة بأنواع الجزاءات في الباب الثاني.

وبناء عليه، سيتضمن هذا المبحث الآتي:

المطلب الأول: إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء الإداري

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على الجزاء الإداري

المطلب الأول

إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء الإداري

نظرا لأهمية النتائج المترتبة على ممارسة الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاءات الإدارية في العقد الإداري بالنسبة لمتعاقديها. تستلزم القواعد العامة في النظام القانوني للجـزاء، أن يسـبق تطبيق تلك الجزاءات بعض الإجراءات الضرورية لحماية حقوق المتعاقد مع الإدارة.

ويأتي الإعذار في سلم تلك الإجراءات التي تفترض وجود فترة زمنيـة معقولـة، تسـمح للمتعاقد بالقيام بتنفيذ التزاماته، والوفاء بواجباته، وذلك قبل توقيع الإدارة للجزاء.

والإعذار في الاصطلاح اللغوي، مصدره: أعذر.

وهو: رفع عنه الذنب واللوم فيه وأوجب له العذر.

وأعذر من أنذر: كان معذورا عنده؛ لأنه أنذره بما سيحل به.[1]

أما في الاصطلاح الفقهي القانوني، وطبقا للقواعـد العامـة فإنـه يقصـد بـه: وضـع المدين (المتعاقد) في حالة المتأخر عن تنفيذ التزاماته قانونيا.

ذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لايكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني، بل لابد من إعذاره. وبذلك فهو ليس وسيلة لإظهار إرادة إحداث حالة قانونية جديدة، بل هـو إجـراء تمهيدي، يجب أن يسبق تطبيق الجزاءات القانونية أو التعاقدية. فقد يحل أجل الالتزام، ومع ذلك يسكت الدائن عن أن يتقاضى التنفيذ من المدين، فيحمل ذلك منه محمل التسامح، وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وقد رضي ضمنيا بمد الأجل مادام يستطيع الانتظـار

---

(1) جبران مسعود، معجم الرائد، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 170.

من دون ضرر يصيبه من ذلك. أما إذا كان الدائن يريد من المدين أن ينفذ التزام حل أجله،فعليه أن يشعره بذلك عن طريق إعذاره بالطرق التي رسمها القانون، وعند ذلك يصبح المدين ملزما بتنفيذ التزامه فورا، وكل تأخير في التنفيذ يستوجب التعويض.(1)

والحقيقة أن الإعذار كضمانة للمتعاقد، وقيد من القيود التي تفرض على الإدارة في أثنـاء توقيعها للجزاءات، بات من المسلمات في نظرية الجزاءات ونظامها القانوني.

إذ إن القضاء الإداري والفقه في غالبيته، يفرض على الإدارة كقاعدة عامة، ضـرورة أن تقوم بإعذار متعاقدها بعدم تنفيذه التزاماته، أو بتأخيره في هذا التنفيذ. وتدعوه لأدائها، وبالجزاء الذي سوف يطبق عليه إذا لم يصلح من تقصيره هذا، وهو الأمر الذي يجد تطبيقه فـي أكثـر أنواع الجزاء على الأقل من حيث المبدأ.(2)علما بأن جانبا من الفقه يرى عدم جدوى الإعذار في بعض أنواع الجزاء.(3)

---

(1) ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، المجلد الثـاني، آثـار الالتزام، 1982، ص 1084.

(2) ينظر في أحكام القضاء الإداري: حكم مجلـس الدولـة الفرنسـي الصـادر فـي 1921/01/21 فـي قضية (Compiègne des Salitres)، المجموعة، ص 56؛ وحكمـه الصـادر فـي 1961/11/03 فـي قضية(Garreau)، المنشور بمجلة القانون العام سنة 1962، ص 377. وكذلك في قضـاء مجلـس الدولـة المصري: حكم محكمة القضاء الإداري في1953/06/21، السنة 07 ق، المجموعة، السنة 08، ص 1643.

ـ وفي الفقه: دي لوبادير(De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 139؛ الـذي أشار بقوله: "الإعذار في القانون الفرنسي يتطلبه الفقه الإداري، وأنه يعد إجراء ضروريا لتوقيـع الجـزاء". وكذا عبد الغني بسيوني عبد ا ، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991 ص 548. وكـذلك محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، 2000، ص 174.

(3) مثلا يستثني جيز(Jeze) من أنواع الجزاءات، فرض الحراسة الإدارية على المرفق العـام فـي عقـود الالتزام لما يتطلبه ـ بحسب وجهة نظره ـ هذا الإجراء من سرعة وفورية لمواجهة حالة عاجلة تهدد سـير المرفق العام؛ مؤلفه (المبادئ العامة للقانون الإداري)، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 895.

ولوحظ في هذا السياق، أن المشرع قد أخذ بهذا الشرط كأصل عام بالنسـبة إلـى أنـواع متعددة من الجزاءات، وذلك سواء في فرنسا، أو في مصر، أو في الجزائر، أو في اليمن. فقـد أكد المشرع الفرنسي ـ لاسيما في مجال عقود المقاولات ـ ضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه من قبل الإدارة، حتى يبدي ملاحظاته، ويقدم أوجه دفاعه(1). وقد عبـر المشـرع المصري من جانبه على ذلك بقوله: "إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمـل أو أغفل بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تـاريخ إنـذاره... بإجراء هذا الإصلاح كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ أحد الإجراءين التاليين وفقـا لمـا تقتضيه المصلحة العامة: (أ) فسخ العقد (ب) سحب العمل من المقاول ...."(2). وقـد توافقـت إرادة المشرع اليمني بهذا الشأن مع المشرع المصري، فجاءت نصوصه قريبـة مـن الـنص المصري، إن لم تكن متطابقة في جزء كبير منها، ولا داعي لذكرها.(3)

أما المشرع الجزائري، فقد نص صراحة ـ في بعض الحالات ـ على أنه: "إذا لـم يـف المتعاقد بالتزاماته، توجه له المصـلحة المتعاقـدة إعـذار ليفـي بالتزاماتـه التعاقديـة فـي أجل محدد"(4).

وجدير بالإشارة، أن نص المشرع الجزائري قد كان موفقا، من حيـث إنـه ذكـر كلمـة

---

(1) يراجع على سبيل المثال: المواد (28 ـ 35) من دفاتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1976 المطبقة على صفقات الأشغال العامة، سبق ذكرها. وحول الدفاتر عامة: محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة الزقازيق،1993،ص173ـ255.

(2) المادة (84) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، سبق ذكرها.

(3) المادة (109) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، سبق ذكرها.

(4) المادة (99) من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، سبق ذكره.

الإعذار صراحة، وتجنب بذلك أي لبس ما قد يظهر ـ في هذه الحالة ـ فيما لو استبدلها بكلمة تنبيه، أو إخطار، وذلك كما سار عليه المشرعان المصري واليمني. إذ إنهما تجنبا ذكر كلمة(الإعذار) صراحة، ولا ندري المبرر الذي يقف وراء ذلك. وعلى العموم فإننا نتفق مع المسلك الذي اتبعه المشرع الجزائري لصحته ووضوحه من الناحية القانونية.

وغاية ما يقال، إن القاعدة العامة المذكورة سلفا، وإن كانت تمثل الأصل العام فقها وقضاء وتشريعا، إلا أنها لا تخلو من بعض الاستثناءات، التي في ضوئها، تعفى الإدارة من ضرورة الإقدام على الإعذار قبل توقيعها للجزاء، وأبرز تلك الحالات المتفق عليها، هي:

1 ـ النص صراحة على إعفاء الإدارة من الإعذار في العقد، أو في دفاتر الشروط.

ونرى أنه يجب في هذه الحالة، أن يكون الإعفاء صريحا وواضحا وبما لا يدع مجالا للشك، نظرا للنتائج المترتبة عن ذلك، وحتى يأخذ بها قاضي العقد في حالة إذا ما نشأ نزاع بهذا الخصوص.

2 ـ إذا تعمد المتعاقد عدم التنفيذ، أو فقده النهائي للقدرة على ذلك. وهنا يصبح من المنطقي أن تتخذ الإدارة الجزاء دونما حاجة للإعذار المسبق.

3 ـ حالة ارتكاب المتعاقد لأفعال الغش والتدليس في أثناء تنفيذ التزاماته.

4 ـ عدم جدوى الإعذار بالنسبة إلى بعض الجزاءات، مثل وضع المرفق المدار بطريق الالتزام تحت الحراسة الإدارية، لما يتطلبه هذا الإجراء من سرعة لمواجهة حالة عاجلة تهدد سير المرفق العام.

5 ـ حالة القوة القاهرة وحالة الحرب. إذ إنه عادة ما تنص دفاتر الشروط الإدارية العامة على عدم ضرورة الإعذار، وذلك كما جاء في دفاتر الشروط الإدارية العامة لأشغال

الحرب في فرنسا.[1]

ويستتبع القول، **التساؤل الذي أثير في محيط الفقه بالنسبة لحالة ما إذا سكت العقد والتشريعات المتعلقة بعقود الإدارة عن النص صراحة على الإعذار؟**

فبينما رأت الغالبية، إعمال القاعدة الأصلية التي تقررها نصوص القانون المدني المتعلقة بالإعذار في دائرة جزاءات العقود الإدارية، في هذه الحالة. مما يعني إلزام الإدارة بإعذار متعاقدها قبل توقيع الجزاء.[2]

---

(1) المادة (54) منها. أوردها هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس، 1979، ص 149 .

ـ ثمة جملة من الأحكام التي اتخذها القضاء الإداري في هذا الصدد؛ فإننا نحيل القارئ ـ على سبيل المثال ـ إلى حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 247 وما بعدها. وكذلك السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، مذكرته للماجستير، مرجع سابق، ص 159.

ـ جدير بالإشارة، إلى أن القوانين المدنية من جانبها قد ذكرت بالنص الحالات التي لا ضرورة لإعذار المدين فيها. ولما كانت هذه الحالات متقاربة في المضمون إلى حد ما مع التشريعات في الدول المقارنة؛ فإننا سنكتفي بذكر الحالات التي ذكرها المشرع الجزائري في القانون المدني الصادر بالأمر رقم 75ـ 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، في المادة (181) وهي:

1 ـ إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين 2 ـ إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر 3 ـ إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه من دون وجه حق وهو عالم بذلك 4 ـ إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه. ويلاحظ أن الكثير من هذه الحالات قد جاءت قريبة مما أخذ به القضاء والفقه الإداريان، على النحو الذي ذكرناه آنفا. يراجع في ذلك: نص المادة (336) من القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002، الصادر بتاريخ 2 صفر 1423 هجرية الموافق 15 ابريل 2002. والمادة (220) من القانون المدني المصري رقم 181 لسنة 1948.

(2) ينظر بهذا كمثال:

ـ El _ Attar(Fouad), Le marché de travaux publics, thèse, Paris, 1953, ed.1955 le Caire, p. 252.

وكذا محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية "القرار الإداري والعقد الإداري"،مرجع سابق، ص417.

قلل جانب آخر من أهمية تطبيق النصوص المدنية في هذه الحالة، وذهب إلى أبعد مـن ذلـك والقول بعدم ضرورة الإعذار الصادر عن جهة الإدارة إلى المتعاقد عند إخلاله بتنفيـذ العقـد. وأن الأمر لا يرقى إلى مرتبة الشرط الضروري لصـحة فـرض الجـزاءات الإداريـة، وأن ضرورات الإعذار في المواد المدنية لها ما يوجبها، بينما هي ليست كذلك في العلاقـات التـي تحكمها قواعد القانون الإداري، نظرا لتغليب المصلحة العامة في هذه العلاقات على المصـالح الفردية، ومن ثم فإن مسألة الإعذار ومدى ضروريته مرهونة بمشيئة الإدارة، وبقدر ما يحققـه توجيه الإعذار أو عدم توجيه للمصلحة العامة.[2]

رأينا:

مما لاشك فيه، أن هدف الإعذار بشكل عام هو عدم مفاجأة المتعاقد مع الإدارة بـالجزاءات التي تعتزم الإدارة توقيعها عليه، ومن ثم من شأنه أن يبدل المتعاقد إخلاله ببنود العقـد بنتـائج ايجابية، نظرا للفترة الزمنية التي يتحصل عليها بموجب هذا الإعذار.

وعطفا عليه، فإن سكوت العقد أو ملحقاته، أو القانون ذي الخصوصية، يفترض ألا يغير من الأمر شيء من ناحية أولى؛ إذا ما نظرنا إلى أن سلطة الإدارة في تطبيق الجزاءات بـاختلاف أنواعها، إنما تجد أساسها ـ كذلك ـ خارج نطاق العقود المبرمة والتشريعات.

وعليه نرى من المنطقي أن يحظى المتعاقد مع الإدارة ـ تبعا لذلك ـ بـبعض مـن هـذه الخصوصية في نظرية الجزاءات ونظامها القانوني، بما في ذلك حالة السكوت. ومن ثـم فـإن

= وكذلك إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، رسالته للدكتوراه، مرجع سـابق ص 256.

(2) إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، 1981، ص 204 ـ 205.

الرجوع إلى قواعد القانون المدني في مثل هذه الحالة، إنما هو رجوع يستند في الأساس إلـى قواعد قانونية موجودة أصلا. وهو الأمر الذي لا يمكن مقارنته بشكل عام بما تتمتع به الإدارة عموما في أحكام ومبادئ هذه النظرية.

ومن ناحية ثانية، فإن الأخذ بإمكانية تطبيق المواد القانونية المدنية[1] المتعلقة بالإعذار فـي دائرة العقود الإدارية ـ وبضمنها في حالة السكوت ـ لاسيما عند عدم وجود قاعدة قانونية في نطاق مبادئ القانون العام؛ إنما سيجسد ـ بلا شك ـ حرص القضاء والفقه الإداريـين، علـى التمسك بجوهر فكرة العقد ـ عينها ـ في مجال العقد الإداري، وذلك تطبيقا لقواعـد العدالـة وحسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

واستكمالا للموضوع، فأن عدم التزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء، لاسيما في الحالات المنصوص عليها صراحة، يعرض قرارها بالجزاء للطعن أمام القضاء المختص.

وفي المقابل فإن التزام الإدارة بالإعذار طبقا للشروط القانونية، يترتب عليه عدد من النتائج القانونية، التي يمكن لنا استخلاصها فيما يأتي:

1 ـ توقيع الجزاء من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة، طبقا لبنود العقد وملحقاتـه، أو المـواد القانونية ذات العلاقة، ومن ذلك فسخ العقد، أو سحب المشروع ... إلخ.

2 ـ يصبح المتعاقد المعذر مسؤولا عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام، وذلك من وقـت إعذاره.

---

(1) حفل التشريع المدني المقارن بالعديد من المواد المتعلقة بوجوب الإعذار، ومن تلك النصوص نشير إلى: المواد (164،168،179،180،181،182) من القانون المدني الجزائري، والمـواد (335،336،341) مـن القانون المدني اليمني، والمواد (218،220) من القانون المدني المصري، مصادر سبق ذكرها.

3 ـ الإعذار ينقل تبعة الهلاك من طرف إلى طرف.[1]

هذا ويلاحظ، أنه ليس للإعذار شكلا محددا، كما أن الإدارة ليست ملزمة بأن تذكر المتعاقد بتفاصيل التزاماته كافة التي قصر عن الوفاء بها. إلا أن بيان الإعذار في النظام القانوني للجزاءات الإدارية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، يجب أن يتضمن المخالفات التي ارتكبها المتعاقد، والمدة التي يجب أن يتم فيها التصحيح.

ولعل ما يدعم صحة هذا القول، إن النصوص القانونية في تشريعات المناقصات والصفقات العمومية[2]، تكتفي عادة بالإشارة إلى ضرورة أن يتم تنبيه المقاول أو المتعهد أو المورد أو وكيله بأي مخالفة لشروط التعاقد بموجب إخطار مكتوب يسلم له، أو للمندوب المعين من قبله. ويعتبر ذلك الإخطار كأنه سلم له شخصيا وذلك كما عبر عنه المشرع اليمني، أو كما ذكر المشرع المصري، بقوله: "إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد...". وكذلك المشرع الجزائري، الذي أناط بالوزير المكلف بالمالية تحديد "البيانات الواجب إدراجها في الإعذار، وكذلك آجال نشره في شكل إعلان قانوني".

---

(1) يراجع في ذلك: نصوص القوانين المدنية في الدول المقارنة، التي ذكرت سلفا، سواء في الصفحة السابقة أو ما قبلها.

(2) ينظر بذلك ـ على التوالي ـ المادة (109) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني والمادة (84) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، والمادة (99) من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، مصادر سبق ذكرها.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على الجزاء الإداري

تمهيد وتقسيم:

لامناص، من أن الرقابة القضائية اللاحقة على قرار الإدارة بتوقيع الجزاء علـى المتعاقـد الذي يقصر عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، واحدة من أهم الخصائص التي يتميـز بهـا النظـام القانوني المنظم لهذه السلطة.

ذلك أنه من المسلم به، في النظرية العامة للجزاءات فـي العقـد الإداري، أن الإدارة وإن كانت تتمتع بحق توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة، دونما حاجة للالتجـاء إلـى القضـاء، فـإن قراراتها بهذا الشأن، تخضع - من دون أدنى شك - لرقابة القضاء المخـتص بـالنظر فـي المنازعات التي تنشأ عنها.

على أية حال، فإن حق التقاضي، حق كفله المشرع الدستوري في الدول المقارنة - والدول كافة - بنص الدساتير النافذة، كما تنظم التشريعات العادية، هـذا الحـق وتفصـله بمقتضـى نصوصها سارية المفعول، كما سيأتي بيانه.

مع أنه في النظرية العامة للعقد الإداري، أو بالأحرى نظرية الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية، تزداد أهميته بالنظر إلى اعتباره أحد القيود التي تحد من هذه السـلطة، فـي مقابـل ماتتمتع به جهة الإدارة في الأساس، علاوة على ما يشكله من ضمانة حقوقية للطرف الآخر في العلاقة التعاقدية.

ومن ناحية أخرى، يبدو ذلك واضحا من خلال مايمكن أن يتمتع به قاضي العقد، من حـق توقيع الجزاء بنفسه في بعض الحالات المتعلقة ببعض أنواع الجزاء، وذلك كما هو بالنسبة إلى

توقيع جزاء إسقاط الالتزام في عقود الالتزام، لاسيما في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، أو في حالة ما إذا أرادت الإدارة التنازل عن حقها بتوقيع الجزاء، واللجوء إلى القضاء بدلا منها، في حالة النص على ذلك صراحة بمقتضى نصوص العقد أو دفتر الشروط.

ومن نافلة القول، إن طريق التقاضي ليس هو الوسيلة الوحيدة، التي يستطيع المتعاقد مع الإدارة المنازعة بإثبات حقه، والقول بمجاوزة الإدارة لحدود سلطتها في توقيع الجزاء؛ بل إن باب التظلمات الإدارية، يظل مفتوحا أمامه. وكذلك فإن مجال التسوية الودية والتحكيم معها ممكن هو الآخر، وهو حق كفلته ونظمته مختلف التشريعات ذات العلاقة في الدول المقارنة.[1]

وتجب الإشارة في هذا المقام، إلى أن الاختصاص بالنظر في المنازعات الناشئة عن ممارسة السلطة الجزائية يندرج ضمن ولاية قضاء التعويض (دعوى القضاء الكامل)، من دون سواه كأصل عام، وذلك تبعا لخضوع منازعات العقود الإدارية للقضاء عينه.

وفي ضوء ما تقدم، نرى أن يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الأحكام العامة برقابة القضاء على سلطة الجزاء

الفرع الثاني: نطاق رقابة القضاء على قرار الإدارة بالجزاء

---

(1) جاء في المادة (101) من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، ما يأتي: زيادة على حقوق الطعن...يجوز للمتعاقد أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات". وفي المادة (102):"...أنه يجب على المصلحة المتعاقدة...أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها". وفي المضمون عينه الذي أخذ به المشرع الجزائري على النحو المذكور آنفا، جاءت المادة (124) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني. أما المادة (42) من قانون المناقصات والمزايدات المصري، فقد جاء فيها أنه: "يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف في أثناء تنفيذه، الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم".

الفرع الأول

الأحكام العامة برقابة القضاء على سلطة الجزاء

الغصن الأول

القواعد المتعلقة برقابة القضاء المختص في مجال العقود الإدارية

من المعلوم، أن اختصاص القضاء الإداري يتمثل بالنظر في المنازعات التي تنشأ في مجال القانون الإداري، لاسيما في البلدان التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج[1]. كما أن الدعاوى التي ترفع أمام هذا القضاء؛ إنما هي على ثلاثة أنواع: إلغاء، تعويض، تأديب.

غير أن منازعات العقود الإدارية برمتها ـ مشمول بذلك المنازعات التي تنشأ في أثناء إبرامها أو تنفيذها ـ تنتمي في الأصل إلى اختصاص القضاء الإداري[2] في صورة القضاء الكامل.

---

(1) الأنظمة القضائية نوعان أساس: النظام القضائي الموحد، وتأخذ به العديد من دول العالم، لاسيما في الدول الانجلوسكسونية. ويقوم هذا النظام في الأساس على اعتماد جهة قضاء واحدة تنظر في المنازعات كافة. وذلك على عكس ما هو متبع في العديد من الدول الفرانكولاتينوجرمانيكا، وبعض دول العالم الأخرى التي تأخذ بقضاء إداري مستقل بجانب القضاء العادي. في تعريف النظامين، ومعرفة مزاياهما وعيوبهما يرجى الرجوع ـ كمثال ـ إلى: أحمد علي البشاري، المالية العامة مع التطبيق في الجمهورية اليمنية، دار الفكر المعاصر، صنعاء، الطبعة الأولى، 1999 ـ 2000، ص 186. وكذا خالد عمر باجنيد، محاضرات في مساق القضاء الإداري، عدن، الطبعة الأولى، 1998، ص53 ـ 88. محمود محمد علي صبره، ترجمة العقود الإدارية، مكتبة صبره للترجمة، الطبعة الثانية، 1998، ص 43 ـ 49. وكذلك مطهر إسماعيل العزي، القضاء الإداري وموقف المشرع اليمني منه "الدعاوى الإدارية في التشريعات اليمنية"، صنعاء الجمهورية اليمنية، من دون ذكر دار النشر، 2001 ، ص 23.

(2) يشير بعض الفقه بأن اختصاص القضاء الإداري بالنظر إلى منازعات العقود الإدارية بحد ذاتها، من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في مبادئ عقود القانون الخاص. ينظر كمثال: عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص197. ونرى صحة ما ذهب إليه هذا الرأي.

مما يعني خروج منازعات عقود الإدارة التي تبرمها وفقا لأحكام القانون الخـاص مـن هـذه الدائرة[1]، ومن ثم خضوعها إلى رقابة القضاء العادي، وذلك على السواء بالنسبة إلـى الـدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، أو تلك التي تأخذ بالنظام القضائي الموحد.[2]

ومن المفيد التذكير، أن قواعد الاختصاص المتعلقة بالولاية القضائية، هـي قواعـد آمـرة ومتعلقة بالنظام العام. وقد تدخل المشرع الدستوري في تنظيمها إلى جانب المشرع العـادي.[3] ومن تبعات ذلك أن الإدارة لا تستطيع أن تعدل فيها عن طريق القرارات الإدارية مـن ناحيـة ولا يجوز لها أيضا ـ الادارة ـ أن تتفق على مخالفتها مع من يتعاقد معها، من ناحية أخرى.

وجهد ما يقال، إن ولاية القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية تشمل أصل المنازعة وكل ما يتفرع عنها. وهي لاتقف عند الحكم بالإلغاء، أو عدمه كما هو الأمر في منازعات القرارات الإدارية؛ بل إن امتدادها ـ أي الولاية ـ يصل إلى كـل مـا يتعلـق بعمليـة انعقـاد العقـد

---

(1) ينظر: البشير التكاري، مدخل إلى القانون الإداري، المدرسة القومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، الطبعة الثانية، 2000، ص 333. وكذا محمد صالح بن عيسى، الدعوى المتعلقة بمسؤولية الإدارة أمام المحكمة الإدارية، محاضرة ألقيت في ملتقى إصلاح القضاء الإداري الذي نظمته كليـة العلـوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، مركز النشر الجامعي، 1997، ص 147.

(2) فضلا عن ذلك عدم اختصاص قاضي الإلغاء بالنظر في هذه المنازعات كأصل يقبل الاستثناء المحـدود جدا، كما سيأتي بيانه. وكذلك إلى عدم الاختصاص المطلق لقاضي التأديب في هذا الشأن بطبيعـة الحـال. للاستزادة بشأن قضاء التأديب، وبيان تعريفه وماهيته وشروط دعوى التأديب وإجراءاتها، يمكـن مراجعـة: خالد عمر باجنيد، محاضرات في مساق القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 66 ـ 89. وبشكل عام، سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثالث، قضاء التأديب، مرجع سابق.

ـ وينبغي التنويه، إلى أن منازعات العقود الإدارية في الدول ذات النظام القضائي الموحد، تخضـع للجهـة القضائية عينها، التي تخضع لها منازعات عقود الإدارة المدنية، وعقود الأفراد بشكل عام.

(3) وذلك على السواء، في الدول المقارنة والدول الأخرى. بما في ذلك تلك القواعد التي تنظم مسألة تنـازع جهات القضاء فيما بينها من حيث الولاية والاختصاص.

أو بصحته، أو تنفيذه، أو انقضائه. حيث يكون بمقدور القاضي اتخاذ أي حكم يراه مناسبا، كأن يحكم بإلغاء القرار المعيب، أو أن يحكم بالتعويض. ذلك أن قاضـي العقـد يمـارس رقابـة المشروعية إلى جانب رقابة الملاءمة.

ونوضح ذلك، في أن خضوع المنازعات التي تنشأ بصدد قرارات الإدارة غير المشـروعة بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها[1]؛ بل بـالأحرى منازعـات العقـد الإداري كافـة، يرجـع لاختصاص القضاء الكامل من دون قضاء الإلغاء. ذلك أن قضاء الإلغاء يندرج تحـت فكـرة قضاء المشروعية، أو القضاء الموضوعي. وهو صورة من صور القضاء تدور المنازعة التي ينظرها حول تهديد المراكز القانونية الموضوعية التي يشغلها الأفـراد، أو الاعتـداء عليهـا. وتستهدف مخاصمة الأعمال القانونية المشرعة أو الشـرطية، التـي تشـوب عيـوب عـدم المشروعية[2].

---

(1) وكذلك الأمر بصفة عامة، بالنسبة إلى المنازعات التي تنشأ جراء ممارسة الإدارة لسلطتها في ممارسـة الرقابة والإشراف والتوجيه وما قد ينتج عن ذلك، من شكوى المتعاقد من تدخل الإدارة وتجاوزهـا لحقوقـه الممنوحة بموجب العقد. والمنازعات التي تنشأ في أثناء ممارسة الإدارة لسلطتها في تعديل عقودها بإرادتهـا المنفردة، ومن ثم لجوء المتعاقد إلى القضاء الإداري، طلبا في إعادة التوازن المالي للعقد.

(2) يجمع الفقه على أن دعوى الإلغاء: دعوى قضائية يرفعها أحد المخاطبين بالقرار الإداري إلى القضـاء طالبا إعدام قرار إداري صدر خلافا للقانون. ينظر: خالد عمر باجنيد، محاضـرات فـي مسـاق القضـاء الإداري، مرجع سابق، ص 89. وكذا سليمان محمد الطماوي، الوجيز فـي القضـاء الإداري، دار الفكـر العربي، القاهرة، 1984، ص 236. عبد الحميد حشيش، "القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة"، مقـال منشور في **مجلة مصر المعاصرة**، السنة 66، العدد 36، 1975، ص 72 وما بعدها. محمـد عبـد العـال السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، مـن دون سـنة النشر، ص 20. وكذلك مطهر إسماعيل العزي، القضاء الإداري وموقف المشرع اليمنـي منـه "الـدعاوى الإدارية في التشريعات اليمنية"، مرجع سابق، ص 10.

أما القضاء الكامل[1]، فإنه ينتمي إلى صورة أخرى من صور القضاء الإداري، فهو "قضاء شخصي أو ذاتي؛ إذ تدور المنازعة فيه حول اعتداء، أو تهديد بالاعتداء على مركز قانوني شخصي للطاعن، ويستهدف مخاصمة الأعمال القانونية الذاتية، التي تؤثر في الحقوق المكتسبة للأفراد"[2].

ونعتقد أن مرجع استبعاد منازعات العقود الإدارية من نطاق اختصاص قاضي الإلغاء، هو افتقاد تلك المنازعات محل دعوى الإلغاء وأهم شروطها، وهو القرار الإداري بأركانه وصورته الاعتيادية. كما أن منازعات العقد الإداري، لا تدور في الأساس حول قرار إداري أصدرته الإدارة بإرادتها المنفردة، وإنما تدور حول الالتزامات التعاقدية لطرفيه.

وعلى أية حال، يلاحظ أن التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء؛ لاسيما لدى القضاء الإداري في فرنسا ومصر، قد أفسحا المجال لقضاء الإلغاء للنظر في دعاوى إبطال القرارات الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية، وهي الحالة التي تعرف بحالة (القرارات الإدارية المنفصلة)[3]وذلك

---

(1) بصدد تسميته بالقضاء الكامل وتعريفه، والاختلافات بين دعوى الإلغاء والتعويض وشروطهما، يرجى النظر إلى: رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية "شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1989. وكذا عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 154 ما بعدها. عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، 2001 ـ 2002، ص 300 وما بعدها. عمر حلمي طبيعة اختصاص القضاء الإداري، بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 17 وما بعدها. وكذلك فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 694.

(2) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 304.

(3) للاستزادة بصدد تعريف القرارات الإدارية المنفصلة وقواعدها عامة، يمكن مراجعة: سعاد الشرقاوي العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ص 315. وكذا سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية"دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، 1976، ص429 ـ 433.

على سبيل الاستثناء، وبشرط أن تقدم من قبل غير أطراف العلاقة التعاقدية. وتستند الـدعوى حينئذ، إلى عدم مشروعية تلك القرارات، وليس على أساس مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية.

ونرى من الأهمية بمكان، الإشارة إلى أن مجلسي الدولة في كل من فرنسا ومصـر فـي الوقت الذي أفسحا المجال لقضاء الإلغاء كاستثناء بالنظر في منازعـات القـرارات الإداريـة المنفصلة المتعلقة بالعقود الإدارية على النحو الذي ذكرناه، فإنهما غفلا عـن ترتيـب النتيجـة المنطقية في حالة إلغاء القرار الإداري المنفصل، وما يترتب على ذلك من إبطال للعقد عينـه. فتركا المجال مفتوحا من دون إجابة، وهو الأمر الذي قوبل باستهجان كبير من قبـل الفقـه[1] الذي نادى في غالبيته بضرورة إعمال قاعدة ما بني على باطل فهو باطل. ومن ثـم إبطـال العقد بإلغاء القرار المتعلق به.

---

(1) ينظر : البشير التكاري، مدخل إلى القانون الإداري، مرجع سابق، ص 348ـ 352. سـليمان محمـد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 211 ـ 212. وكـذا عبـد الحميـد حشـيش القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مقاله، مرجع سابق، ص 73 وما بعدها. عبد المنعم عبـد الحميـد إبراهيم شرف، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 329 وما بعدها. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإداريـة دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 224 وما بعدها. محمد عبد العال السناري، التطـورات الحديثـة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها؛ ومؤلفه (مبادئ وأحكام العقود الإداريـة في مجال النظرية والتطبيق)، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون ذكر سنة النشر، ص 136 وما بعـدها. وكذاك محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1977، ص 63 ـ 64.

ـ بالنسبة إلى معالجة هذا الموضوع في القضاء الإداري الجزائري، يراجع: حميد بن علية، مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقـوق ـ جامعـة الجزائـر، 2001 ص92 ـ 95. أما في اليمن فإن قاضي المحاكم الابتدائية هو صاحب الولاية الكاملة في النظر بالمنازعـات المتعلقة بالعقود الإدارية إجمالا، بما في ذلك المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري، والقـرارات الإداريـة المتعلقة به. إذ لا مجال للتفرقة بين مفهوم قضاء (الإلغاء) وقضاء (التعويض) بالصورة القائمة في كل مـن فرنسا ومصر والدول الأخرى التي تأخذ بالقضاء الإداري المستقل، على الأقل حتى الآن.

وحاصل القول، إن ولاية القضاء الكامل ـ إضافة لما قد تقدمنا به وما سيأتي بيانه تفصيلا ـ لا تقتصر على المنازعات المتعلقة مباشرة بالعقد، وإنما تمتد لتشمل القضايا المستعجلة المتفرعة عنها، إذ "يملك القضاء الكامل عند مباشرته ولاية الفصل في الأمور المستعجلة سلطان التقـدير لعناصر النزاع المطعون عليه[المطعون فيه] ولا يحده في ذلك سوى قيام الاسـتعجال وعـدم المساس بأصل الحق"[1]، مادام وأصل الحق لم يسقط بمضي المدة، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، ثمة العديد من صور المنازعات المتعلقة بـالعقود الإداريـة، الخاضـعة لاختصاص القضاء الكامل.[2] إلا أن ما يتعلق بموضوعنا، هي المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقـد وتحديدا المنازعات الناشئة عن استخدام الإدارة لسلطتها الجزائية. مع ملاحظة أن العديد مـن الأسس والمبادئ العامة التي نتناولها في هذا الشأن، تمتد لتشمل المنازعات المتعلقـة بسـلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه، وسلطتها في تعديل عقودها الإدارية بالإرادة المنفـردة كونها من المنازعات التي يختص بها قاضي العقد بالدرجة الأولى من دون سواه.

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 897، السنة 09 ق؛ أورده سـمير صـادق، العقـد الإداري في مبادئ الإدارية العليا، مرجع سابق، ص 50 ـ 51.

ـ بشكل عام حول قضاء الاستعجال في ولاية القضاء الكامل، يراجع على سبيل المثال: أحمد محمود جمعة العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، مرجع سابق، ص 435. وكذا محمد منيـر قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، جامعة عين شمس، 1988، ص 149 وما بعـدها. وكـذلك محمـد بـن ناصر "إجراءات الاستعجال في المادة الإدارية"، مقال منشور في **مجلة مجلس الدولة الجزائري**، العـدد 04 2003، ص 11 ـ 33.

(2) لمعرفة المزيد عن هذه الصور، يرجى مراجعة: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامـة للعقـود الإدارية، مرجع سابق، ص 306 ـ 323.

الغصن الثاني

منازعات العقود الإدارية في الدول المقارنة

قدمنا بأن منازعات تنفيذ العقود الإدارية - كما هو بالنسبة إلى المنازعات الناشئة في أثناء إبرامه - تخضع لاختصاص القضاء الإداري في صورة القضاء الكامل؛ لاسيما في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج. مما يعني عدم اقتصار القواعد العامة المتعلقة بالاختصاص القضائي على المنازعات الناشئة عن ممارسة الإدارة لسلطتها في توقيع الجزاء، وإنما تشمل فيما تشمل سلطاتها في الرقابة والإشراف والتوجيه، وفي تعديل عقودها بالإرادة المنفردة.

وإزاء ذلك، نرى من الأهمية عرض قواعد الاختصاص القضائي ذات العلاقة، في الدول المقارنة وتحليلها - ولو باختصار شديد - وذلك فيما هو آت:

أولا: في فرنسا

من المعلوم، أن نشوء فكرة النظام القضائي المزدوج المتخصص بالنظر في المنازعات القضائية المتعلقة بعلاقة الإدارة - بصفتها سلطة عامة - مع الأطراف الأخرى؛ إنما ارتبطت بنشوء وتطور مجلس الدولة الفرنسي، إذ لم يكن قبل ذلك أي وجود لفكرة القضاء الإداري المستقل كلية عن القضاء العادي، مع الأخذ بعين الاعتبار تجربة (ديوان المظالم) التي عرفها النظام القضائي الإسلامي آنئذ.

وعلى العموم، تعتبر نظرية العقد الإداري في الحقيقة إحدى إبداعات هذا القضاء، الذي تفرد بكونه منشئ غالبية قواعد القانون الإداري، الذي أخذته عنه العديد من الدول في العالم.

وقد مر مجلس الدولة بالعديد من المراحل الخاصة بتكوينه، ومن أهمها تلك التي أنشئت في ظلها، المحاكم الإدارية صاحبة الاختصاص العام في المنازعات الإدارية بدلا من مجلس

الدولة - الذي كان قبلها صاحب الاختصاص العام كأول وآخر درجة - وذلك "بمقتضى القانون الصادر في 1953/09/30، الذي حدد في مادته (46) اختصاص هذه المحاكم بالنظر في جميع المنازعات الإدارية، بما فيها منازعات العقود الإدارية"(1). كما أصدر المشرع الفرنسي في 1987/12/31 القانون رقم 127 لسنة 1987 - الذي بدأ العمل به ابتداء من1989/01/01 - الذي تضمن إنشاء المحاكم الاستئناف الإدارية، التي اختصت بالنظر في الطعون الصادرة عن المحاكم الإدارية؛ لاسيما الطعون المتعلقة بمنازعات دعاوى القضاء الكامل. أما طعون منازعات قضاء الإلغاء فبدأت المحاكم الاستئنافية النظر بها ابتداء من ديسمبر 1994. وقد عدت محاكم الاستئناف الإدارية درجة ثانية من درجات التقاضي بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة(2).

وجدير بالذكر، أن ثمة العديد من التشريعات التي أقرها المشرع في أوقات مختلفة، أكد في ظلها اختصاص مجلس الدولة بالنظر في منازعات العقود الإدارية، ومنها: والقانون الصادر في 1938/06/17 المتعلق بعقود الأشغال الخاصة بأملاك الدولة العامة، والقانون الصادر في 1979/07/11 الخاص بتسبيب القرارات الإدارية، وبضمنها تسبيب قرارات الإدارة بتوقيع

---

(1) ويضيف (محمود محمد حافظ) بصدد أهمية هذا القانون بقوله: "إن كافة المنازعات التعاقدية أصبحت تدخل في اختصاص المحاكم الإدارية ابتداء، أي أن هذه المحاكم تعتبر الآن قاضي العقد في فرنسا"؛ مؤلفه(دروس في القانون الإداري، رقابة القضاء لأعمال الإدارة)، 1956، ص 39؛ ومؤلفه (القضاء الإداري) مرجع سابق، طبعة 1967، ص 121.

(2) ينظر: بكر القباني ومحمود عاطف البنا، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة، مكتبة القاهرة الحديثة القاهرة، 1970، ص 87 وما بعدها. وكذا حميد بن علية، مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، مذكرته للماجستير، مرجع سابق، ص 08 - 09. وكذلك خالد عمر باجنيد، القضاء الإداري وخصوصيته "دراسة مقارنة"، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، عدن، 2001، ص 62 - 68.

الجزاء على المتعاقد معها. والمنشورات التالية له، لاسيما منشور 1987/09/28 الذي أكد على ضرورة تسبيب القرارات عند صدورها. والقانون رقم 213 لسنة 1982 والمعدل بالقانون رقم 623 لسنة 1982 بشأن حقوق واستقلال المحليات، المتضمن العديد من النصوص التي تحـدد حالات الطعن أمام مجلس الدولة بصدد العقود الإدارية التي تبرمها الهيئات المحلية.[1]

ثانيا: في مصر

تعد مصر من الدول العربية الرائدة التي اعتمدت النظام القضائي المزدوج، المأخوذ عـن فرنسا[2]، مع بعض الاختلافات التي اقتضتها ظروفها المختلفة. وقد اتجهت نية المشـرع إلـى ذلك، بصدور القانون رقم 112 لسنة 1946، الذي أنشأ بموجبه مجلس الدولة، كقضـاء إداري مستقل عن القضاء العادي. غير أن المشرع لم يضع آنئذ منازعات العقـود الإداريـة ضـمن الاختصاصات التي حددها لمحكمة القضاء الإداري، أو لغيرها من محاكم مجلـس الدولـة[3].

---

(1) حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربيـة، القـاهرة، 1996 ص 110.

ـ تجنبا لمصيدة التكرار، فإننا سنتناول التشريعات الأخرى ذات العلاقة، وكذا المبادئ والأحكـام القضـائية الصادرة بهذا الشأن، في مواضع أخرى من هذه الدراسة.

(2) موسى بوصوف، "نظام محافظ الدولة في مجلس الدولة والمحاكم الإدارية "مكانتـه ودوره"، محاضـرة ألقيت في كلية الحقوق ـ جامعة باجي مختار ولاية (عنابة)، منشورة في **مجلة مجلس الدولـة الجزائـري** العدد 04، 2003، ص 35 ـ 45.

(3) بمراجعة مواد هذا القانون، سيلاحظ عدم اشتماله على أية إشارة بالنسبة إلى منازعات العقود الإداريـة مما يعني بقاءها ضمن اختصاص القضاء العادي حتى تلك الفترة.

ـ ونود أن نوضح مسألة مهمة في هذا الصدد، وهي أن معنى مجلس الدولة في مصر يختلف عـن نظيـره الفرنسي. ففي حين يقصد بالأول مجموعة من المحاكم الإدارية المشكلة له. ومنها المحاكم الإدارية، ومحكمة القضاء الإداري، والمحكمة الإدارية العليا. فإن مجلس الدولة الفرنسي عبارة عن محكمة آخر درجـة فقـط ينظر في الطعون المقدمة من جانب المحاكم الإدارية، والمحاكم الإدارية الاستئنافية.

وقد ظل الوضع هكذا حتى صدور القانون رقم 09 لسنة 1949، الـذي أعطـى المشـرع بموجبه الحق لمحكمة القضاء الإداري بالنظر في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشـغال العامة وعقود التوريد فقط.[1]. ثم بعد ذلك القانون رقم 165 لسنة 1955، الذي عد نقلة نوعية في اختصاصات القضاء الإداري في مصر؛ كونه سمح للأخير بالنظر في منازعـات العقـود الإدارية كافة، من دون قصرها على عقود محددة فقط. وهو الأمر الذي تأكد أيضـا بموجـب القانون رقم 55 لسنة 1959[2].

ولوحظ، أن تدخل المشرع الدستوري في اعتبار مجلس الدولة: "هيئة قضـائية مسـتقلة"[3] كان له أبلغ الأثر على المشرع البرلماني، الذي عاد مرة أخرى لتنظيم اختصاصـات مجلـس الدولة، وأصدر القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة - المعمـول بـه حاليـا - وبموجبه أصبح لمجلس الدولة كامل الاختصاص العام بالنسبة إلى المنازعات الإدارية، بما في ذلك منازعات العقود الإدارية باختلاف أنواعها وأشكالها.[4]

والحقيقة أن المشرع لم يكتف فقط بما عبر عنه بالنسبة إلى الاختصاصات القضائية لمجلس الدولة بالنسبة للعقود الإدارية؛ وإنما نص في قانون المناقصات والمزايدات ولائحتـه التنفيذيـة إلى تقييد الجهات الإدارية بضـرورة أخـذ الـرأي مـن الإدارة المختصـة بـالفتوى فـي

(1) المادة (05) من هذا القانون.

(2) مع ملاحظة أن المادة (10) في القانون رقم 165 لسنة 1955، جاءت متطابقة مـع المـادة (10) مـن القانون رقم 55 لسنة 1959.

(3) المادة (172) من دستور جمهورية مصر العربية، الصادر في 1971/09/11.

(4) يراجع في ذلك: المادة (10) من القانون المذكور أعلاه، لاسيما الفقرة (11) والفقرة (12).

مجلس الدولة، وذلك في بعض الحالات المتعلقة بالعقود الإدارية.[1]مما يعني تأكيـد الوظيفـة الاستشارية للمجلس إلى جانب الاختصاص القضائي، وهو الأمر الذي فصله المشرع بموجـب قانون المجلس الحالي.

ثالثا: في الجزائر

مما لاشك فيه، أنه بصدور دستور 1996، تم إنشاء مجلس الدولة، كقضاء إداري مسـتقل عن القضاء العادي، ومن ثم الاعتراف بنظام الازدواجية القضائية. وقد جاء في المـادة (152) من الدستور: "يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية" [2]، وكـذلك نصت على: "تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميـع أنحـاء البلاد ويسهران على احترام القانون"[3].

وقد تأكد هذا العزم، بإصدار المشرع القانون العضوي المتعلق باختصاصات وتنظيم وعمل مجلس الدولة[4]. الذي بموجبه أحال المشرع القضايا المسجلة أو المعروضـة علـى الغرفـة

---

(1) ومن ضمن تلك النصوص: المواد (139،135) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصـات والمزايـدات.
- يراجع في تطور القضاء الإداري المصري على سبيل المثال: بكر القباني ومحمود عاطف البنا، الرقابـة القضائية لأعمال الإدارة، مرجع سابق، ص 116 وما بعدها. وكذا ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985، ص 102 وما بعدها.

(2) الفقرة (02) من هذه المادة.

(3) الفقرة (03) من المادة عينها.
- كما يمكن مراجعة المواد (139،44) وهما من المواد التي تتحدث عن حـق التقاضـي باعتبـاره حـق دستوري لا يمكن المساس به. وبالبناء عليه نرى - كما سيأتي تناوله بالتفصيل في الباب الثاني - أنه يحـق للمتعاقد مع الإدارة اللجوء في كل الأحوال إلى القضاء بصدد منازعات تنفيذ العقود الإدارية، ومنها مـايتعلق بالمنازعات الناشئة عن توقيع الإدارة للجزاءات على المتعاقد معها في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية.

(4) القانون العضوي رقم 98 - 01 المؤرخ في 04 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو سنة 1998.

الإدارية بالمحكمة العليا إلى المجلس، وحدد للمجلس الاختصاص القضائي جنبا إلى جنب الاختصاص الاستشاري، فضلا عن إلقاء مهمة النيابة العامة في القضايا ذات الطابع القضائي والاستشاري على عاتق محافظ الدولة ومساعديه. وأخضع الإجراءات ذات الطابع القضائي أمام مجلس الدولة لقانون الإجراءات المدنية[2]، علما بأن الأخير ـ قانون الإجراءات المدنية ـ كان قد نظم الأحكام المتعلقة بالغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بموجب الباب الرابع من الكتاب الخامس منه[3].

وزاد المشرع على تأكيد رغبته في إقامة النظام القضائي الإداري المستقل، بإصداره القانون العضوي رقم 98 ـ 02 المتعلق بإنشاء المحاكم الإدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية[4]. ولما كان من المتوقع كما يبدو تأخر تنصيب هذه المحاكم، فقد نصت

= علما بأن المجلس "باشر مهامه عند تنصيبه بتاريخ 1998/06/17"؛ موسى بوصوف، نظام محافظ الدولة في مجلس الدولة والمحاكم الإدارية "مكانته ودوره"، محاضرته، مرجع سابق، ص 38.

(2) ينظر على التوالي: المواد (42،43،09،10،11،12،26،40) من هذا القانون العضوي المذكور أعلاه.

ـ علما بأن المرسوم التنفيذي رقم 98ـ 262 المؤرخ في 07 جمادي الأولى عام 1419 الموافق 29 غشت سنة 1998، يحدد كيفيات إحالة جميع القضايا المسجلة و/أو المعروضة على الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا إلى مجلس الدولة.

ـ لمزيد من التفاصيل، يراجع على سبيل المثال: عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر بين نظام الوحدة والازدواجية، دار ريحانة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2000.

(3) الصادر بالأمر رقم 66 ـ 154 المؤرخ في 18 صفرعام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 المعدل والمتمم بـ: الأمر رقم67 ـ 67 المؤرخ 26 أفريل1967، الأمر رقم 69 ـ 77 المؤرخ في 18 سبتمبر 1969، والأمر رقم 71 ـ 80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، والأمر رقم 75 ـ 44 المؤرخ في 17 يونيو 1975، والقانون رقم 86 ـ 01 المؤرخ في 28 يناير 1986، والقانون رقم 88 ـ 04 المؤرخ في 12 يناير 1988، والقانون رقم 90 ـ 23 المؤرخ في 18 غشت 1990، والمرسوم التشريعي رقم 93 ـ 09 المؤرخ في 25 أبريل 1993، والقانون رقم 01 ـ 05 المؤرخ في 22 مايو2001.

(4) ينظر: المادة (01) من هذا القانون المؤرخ في 04 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو سنة 1998.

المادة (08) منه على أن: "تبقى الغرف الإدارية بالمجالس القضائية، وكذا الغـرف الإداريـة الجهوية، مختصة بالنظر في القضايا التي تعرض عليها طبقا لقانون الإجراءات المدنية"(1).

وعلى أية حال، ما ينبغي الإشارة إليه أن القاضي الإداري ينظر في المنازعـات المتعلقـة بالعقود الإدارية - التي تدخل منازعات فرض الإدارة للجزاءات ضمنها بطبيعة الحال - جنبا إلى جنب المنازعات الإدارية الأخرى. وقد عبر مجلس الدولة عن هذا مرارا، ومن ذلـك مـا أشار إليه في أثناء النظر في إحدى الطعون المستأنفة أمامه، بقوله: "لا يتم رفع الدعوى أمـام الغرفة الإدارية إلا بتطبيق الطعن في قرار أو عقد إداري صادر عن سلطة إدارية عمومية ذات صبغة إدارية..."(2).

ونخلص مما سبق، إلى أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية (3)، وبضمنها تلك التي تنشأ

= والأمر يستتبع في أن المشرع كان قد أتبع هذا القانون، بالقانون العضوي رقم 98 - 03 المؤرخ في 08 صفر عام1419 الموافق 03 يونيو سنة 1998، المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها. وقد جاء في المادة (03) منه: "تختص محكمة التنازع في الفصل في منازعات الاختصاص بين الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري".

(1) علما بأن قانون الإجراءات ينظم اختصاصات المجالس القضائية النوعية منها والمحلية، ومنها بطبيعـة الحال ما يتعلق بالدوائر الإدارية المشكلة في هذه المجالس وكذا المنازعات الخاصـة بالأشـغال العموميـة والتوريدات ...، وتحديدا المواد (07 - 12). مع ملاحظة أن ثمة من الأوامـر والمراسـيم التنفيذيـة ذات العلاقة بموضوع المجالس القضائية وتقسيماتها وتنظيمها، ومنها نشير إلى: الأمر رقم 97 - 11 المؤرخ في 11 ذي القعدة عام 1417 الموافق 19 مارس سنة 1997 المتضمن التقسيم القضائي، والمرسوم التنفيذي رقم 90 - 407 المؤرخ في 05 جمادي الثانية عام 1411 الموافق 22 ديسمبر سنة 1990، الذي يحـدد قائمـة المجالس القضائية واختصاصها الإقليمي العاملة في إطار المادة (07) من الأمر رقم 66 - 154 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

(2) قرار رقم 8631 صادر عن الغرفة الثانية لمجلس الدولة بتاريخ 2001/11/12، منشور في مجلة مجلس الدولة، العدد 01، 2002، ص 145.

(3) الجدير بالإشارة أن جدلا موسع قد تم بصدد معيار تحديد ومفهوم العقد الإداري،يراجع بهذا الشأن: أحمد

في أثناء ممارسة الإدارة لسلطتها بفرض الجزاءات المختلفة في أثناء تنفيـذ العقـود الإداريـة تخضع جميعها لاختصاص قاضي العقد الإداري.

ولا يغرب عن البال، التذكير بأن المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصـفقات العموميـة النافذ، تضمن ما يتعلق بحق المتعاقد مع الإدارة في اللجوء إلى القضاء في حالة عدم التوصـل إلى التسوية الودية مع الإدارة.(1) كما أن العديد من التشريعات والوثائق القانونية ذات العلاقـة كانت قد نظمت أحكام المنازعات الناشئة عن ممارسة الإدارة لسلطة توقيع الجزاءات في أثنـاء تنفيذ عقودها الإدارية.(2)

= محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص 353 وما بعدها. وبشكل عام، حميـد بـن علية، مفهوم ومحتوى العقد الإداري، مذكرته للماجستير، مرجع سابق.

- ومن ناحية ثانية، فإن الفقه كان قد توقف بصدد تفسير المادة (07) مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة والاستثناءات التي أوردها المشرع في التعديلات المتكررة لهذه المادة على اختصـاص المحـاكم والـدوائر الإدارية في المجالس القضائية،والدائرة الإدارية في المحكمة العليا (مجلس الدولة حاليا). بصدد هـذه المـادة وتعليقات الفقه على الاستثناءات الواردة عليها لأهميتها، يراجع على سبيل المثال: رشيد خلـوفي، القضـاء الإداري "التنظيم والاختصاص"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2002، ص 250 وما بعـدها. وكـذا عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائـري، الجـزء الأول، ديـوان المطبوعات الجامعية، 1995، ص 192. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلـوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2002، ص 162 وما بعدها. وكذلك مسعود شيهوب، المبادئ العامـة للمنازعـات الإدارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 424 وما بعدها.

(1) تراجع المادتين (102،101) من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الذي سبق ذكره. ومع ذلك يمكن في التعليق على هاتين المادتين - وغيرها - مراجعة: لوز رياض دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 250- 02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجسـتير كلية الحقوق - جامعة الجزائر، 2006 - 2007، ص 73 وما بعدها.

(2) ومن ذلك تعليمة وزارة الداخلية والجماعات المحلية، بشأن امتياز المرافق العمومية وتأجيرها، وغيرهـا مما سيأتي تناولها لاحقا.

رابعا: في اليمن

تندرج منازعات العقود الإدارية في اليمن، ضمن الاختصاص العام لمحاكم القضاء العادي.[1] إذ إن ملامح القضاء الموحد ما زالت هي السائدة بشكل عام على الأقل حتى الآن. ومع ذلك تم إنشاء الدائرة الإدارية في المحكمة العليا للجمهورية [2]، وحدد لها الاختصاص بالنظر في الطعون المقدمة بشأن المنازعات الإدارية. غير أن الملاحظ أن الطعون المتعلقة بالقرارات الخاصة بتنفيذ العقود الإدارية مازالت خارج نطاق اختصاص هذه الدائرة بخلاف الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية بصفة عامة. وعلة ذلك في - رأينا - يكمن في تفسير النص القانوني المتعلق باختصاصات الدائرة الإدارية، إذ إنه لم يذكر بالنص صراحة على اختصاصها بمنازعات العقود الإدارية، فضلا عن أن القاضي نفسه لم يبادر بعد إلى انتزاع هذا الاختصاص.

غير أن بعض الشواهد العملية، تشير إلى نية المشرع بالاتجاه نحو الأخذ بفكرة النظام القضائي المزدوج من جهة. ومن جهة أخرى، شكل مجلس القضاء الأعلى مؤخرا لجنة لدراسة إمكانية إنشاء المحاكم الابتدائية والاستئنافية الإدارية، كجهتي قضاء مكملة للدائرة الإدارية في المحكمة العليا، وذلك بهدف التوجه لإقامة القضاء الاداري المستقل عن القضاء

---

(1) جاء في المادة (65) من قانون المرافعات اليمني رقم 28 لسنة 1992، مايأتي : "تختص المحاكم الابتدائية من دون غيرها بالحكم ابتدائيا في جميع الدعاوى التي ترفع إليها أيا كانت قيمتها أو نوعها...". تراجع تكملة للموضوع: المواد (280،245) منه.

(2) وذلك بموجب المادة رقم (153) فقرة (د) من الدستور، الصادر في 2001/04/15.

- وبمناسبة القول، فإن المشرع الدستوري كان من جملة ما حدد للمحكمة العليا من اختصاصات بموجب هذه المادة، أنه جعل الفصل بتنازع الاختصاص بين المحاكم القضائية، من اختصاصها الأصيل.

العادي[1].

علما بأن مجلس الوزراء يعكف - حاليا - على إعداد مشروع قانون المحاكم الإدارية، في الوقت الذي قرر البدء بإجراء التعديلات اللازمة لإنشاء المحكمة الإدارية الابتدائيـة كخطـوة أولى جنبا إلى جنب الدائرة الإدارية في المحكمة العليا[2]، مع العلم بأن المشرع الدستوري قـد أحال مسألة ترتيب وإنشاء المحاكم ودرجاتها واختصاصاتها إلى المشرع البرلماني.[3]

والجدير بالإشارة، أنه على الرغم من أن نشأة العقود الإدارية في الـيمن نشـأة تشـريعية بخلاف ما تميزت به نظرية العقد الإداري ذات النشأة القضائية، إلا أنه يلاحـظ بوضـوح أن المشرع اليمني يفرق ما بين النظام القانوني الذي يحكم عقود القانون الخاص والعقود الإدارية. فمجمل النصوص التشريعية التي تتعلق بعقود الإدارة الإدارية، نراها منسجمة مع جـاءت بـه نظرية العقد الإداري ونظامها القانوني الذي يعتمل في الدول ذات النظام القضـائي المـزدوج.

---

(1) من التوصيات التي خرج بها مجلس القضاء الأعلى بعد اللقاء الموسع مع وفد مجلس الدولـة الفرنسـي الإعداد لمشروع قيام القضاء الإداري المستقل، لاسيما إنشاء المحاكم الإدارية المستقلة عن القضاء العـادي. صحيفة (14 أكتوبر) الرسمية، الصادرة يوم الاثنين 03 ديسمبر2007، العدد 13955، ص 02.

(2) صحيفة (الأيام) الأهلية، الصادرة بتاريخ 2006/02/09، العدد 4707، السنة 25، ص 06.

- ومن الشواهد كذلك، أن برنامج الحكومة الذي أخذت بموجبه الحكومة الحالية الثقة من البرلمان، كان قـد أشار بوضوح إلى تنفيذ برنامج الحزب الحاكم بالنسبة إلى الجوانب المتعلقة بالقضاء وتطويره. وينص الأخير بوضوح إلى ضرورة قيام القضاء الإداري المستقل بالمنازعـات الإداريـة كافـة، بمـا فيهـا منازعـات العقود الإدارية.

ومن نافلة القول، إن برنامج أحزاب المعارضة هي الأخرى، قد أشارت بوضوح تام إلى ضرورة قيـام القضاء الإداري المستقل في إطار رؤيتها البرنامجية لمكافحة الفساد، وذلك في وثيقـة الإصـلاح السياسـي والاقتصادي. مما يعني إجماع المجتمع اليمني بالنسبة إلى أهمية قيام القضاء الإداري في أسرع وقت ممكن.

(3) جاء في المادة (150) من الدستور ما يأتي : "يرتب القـانون الجهـات القضـائية ودرجاتهـا ويحـدد اختصاصاتها".

لاسيما أحكام وقواعد سلطة الإدارة الجزائية في تنفيذ عقودها الإدارية - مشمول بذلك سلطتي الإدارة في الرقابة والتعديل - باعتبارها الأخيرة سلطة عامة تمتلك فيما لا يمتلكه الأفراد في عقودهم العادية من امتيازات مختلفة.

والقول الأخير يلقى تأكيده فيما جاء به المشرع في قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، وذلك بأن نص على حق الإدارة في توقيع أنواع الجزاءات كافة، وفقا لامتياز التنفيذ المباشر الذي تتمتع به من دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء لتوقيعها، مع حق المتعاقد مع الإدارة باللجوء إلى القضاء للطعن بالقرارات الصادرة بالجزاء، إذا قامت أسباب الدعوى ومبرراتها القانونية[1].

وعلى هذا النحو، صدر عن قاضي العقد في اليمن، العديد من الأحكام القضائية المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية عموما، والمنازعات المتعلقة بفرض الجزاءات الموقعة على المتعاقدين مع الإدارة خصوصا. ولوحظ أن القاضي اليمني يمارس رقابة المشروعية إلى جانب رقابة الملاءمة وهو بصدد ممارسة اختصاصه القضائي بهذا الشأن. مما يعني سريان القواعد العامة المعمول بها في أروقة القضاء الكامل.[2]

---

(1) ومنها ما جاء: في المادة (56) من قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية. والمواد (317،125،115) من لائحته التنفيذية. إذ أشارت كل تلك المواد إلى فرض رقابة القضاء على المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية. وتبعا لذلك جاءت النصوص واضحة بصدد تقرير حق المتعاقد مع الإدارة باللجوء إلى القضاء لعرض النزاع الذي يقوم مع الإدارة، في أثناء ممارستها لسلطة توقيع الجزاءات.

(2) ستتناول الدراسة تباعا، بحث وتحليل العديد من الأحكام الصادرة عن القضاء بهذا الشأن.

الفرع الثاني

نطاق رقابة القضاء على قرار الإدارة بالجزاء

بينا أن دعوى القضاء الكامل التي يتقدم بها المتعاقد ضدا على الإدارة في مجـال العقـود الإدارية، أمر مسلم به على مختلف الأصعدة، فقها وقضاء وتشريعا في دائرة مبـادئ القـانون العام وقواعده الخاصة. ونشير بهذا الصدد، إلى حقيقة إن لجوء المتعاقد إلى القضاء؛ إنما يعـد من النظام العام الذي تكفله الدساتير والنظم القانونية المختلفة. وعطفا على ذلك فإن أي شـرط يرد في العقد الإداري يحرم هذا الحق، يعد شرطا باطلا لمخالفته النظام العام، ومن ثم ينعـدم الأثر المترتب عليه [1].

واستهداء بما سبق، فإن المنازعات التي تنشأ بصدد توقيع الإدارة للجزاء على المتعاقد فـي أثناء تنفيذ العقد الإداري، تقع ضمن اختصاص قاضي العقد - القاضي الإداري في الدول تأخذ بالنظام القضائي المزدوج - التي يتناولها من زاويتي المشروعية والملاءمة.

غير أنه للأمانة العلمية، نشير إلى أن جانب من الفقه قد فرق في هـذا المضـمار، بـين المنازعات الناشئة عن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء المسـتندة علـى النصـوص القانونيـة واللائحية، وتلك المبنية على العقد ودفاتر الشروط. ففي الحالة الأولى - بالنسبة إليهم - يعـد إجراء الإدارة بالجزاء، قرارا إداريا يخضع لرقابة قضاء الإلغاء. بينما في الحالة الثانية، لا يعد قرار الجزاء قرارا إداريا، وإنما من قبيل المنازعات الحقوقية التي تعرض على قاضي العقـد

---

(1) ينظر: بيكينو(Pequignot)، النظريـة العامـة للعقـد الإداري، رسـالته للـدكتوراه، مرجـع سـابق ص 350.

وتكون محلا للطعن في دعوى القضاء الكامل.[1]

ومن جانبنا، نرى أن قرارات الإدارة بتوقيع الجزاء؛ إنما هي من قبيل القرارات الإدارية الذي لا يحدها في ذلك سوى أن الطعن بها في هذه الحالة يتم في مجال القضاء الكامل.

ولعل ما يدعم صحة هذا القول، أن قاضي العقد في أثناء النظر في المنازعات المعروضة عليه والمتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية، يمارس رقابة المشروعية إلى جانب رقابة الملاءمة ويقوم بفحص أركان القرار الإداري، لاسيما في الحالات التي تسمح له بإلغائه، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، يلاحظ ندرة الطعون القضائية التي يكون مرجعها مخالفة نص تشريعي أو لائحي؛ إذ إن السبب في الغالب هو مخالفة نص تعاقدي، أو خطأ ارتكبه أحد المتعاقدين.

وعلى العموم، وبعيدا عن هذا الجدل، فإن الرأي المستقر فقها وقضاء[2]، هو أن رقابة القضاء على قرارات الجزاء، تعتبر من قبيل القضاء الكامل. وهي تتناول هذه القرارات من زاويتي المشروعية والملاءمة؛ ويمكننا استعراض ذلك من خلال الآتي ذكره:

---

(1) ومنهم:

- Georgel (Jacques), Théorie générale des contrats administratifs, J.C.A, fasc. 510 1968, p. 05.

وكذا حمدي حسن الحلفاوي الذي كان قد حصر تلك الآراء واستعرضها بالتفصيل في مؤلفه (ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري) مرجع سابق، ص 370.

(2) يراجع على سبيل المثال: إبراهيم محمد علي وجمال عثمان جبريل، العقود الإدارية، 1996، ص 474. وكذا البشير التكاري، مدخل إلى القانون الإداري، مرجع سابق، ص 351 - 352. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، (رسالة دكتوراه، كلية حقوق جامعة القاهرة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 ، ص 43. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ عقود الأشغال العامة، مذكرته للماجستير، مرجع سابق، ص 308.. وكذلك سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية مرجع سابق ، ص 508.

أولا: رقابة المشروعية[1]

ويكون تناولها من خلال ما يمكن أن يصيب أركان قرارات الإدارة بالجزاء من عيوب وذلك على النحو الآتي:

1 ـ **عيب الشكل**:

يعد القرار الصادر بالجزاء غير مشروع، إذا صدر عن الإدارة من دون اتخاذ إجراء، أو شكل معين يتطلبه القانون، أو العقد. ومثال ذلك الجزاء غير المسبوق بإعذار، أو الصادر من دون تصديق من سلطة أعلى منها، متى كان ذلك مطلوبا.

2 ـ **عيب الاختصاص**:[2]

ويكون قرار الجزاء غير مشروع، إذا ما صدر من غير المختص به قانونا. وعليه يقوم قاضي العقد بالتحقق مما إذا كانت الجهة التي اتخذت الجزاء، هي السلطة المختصة بالفعل.

3 ـ **عيب الانحراف بالسلطة**:

يرتبط هذا العيب بركن الغاية المراد تحقيقها من إصدار القرار. إذ إنه يفترض على الدوام أن تكون غاية النشاط، هي تحقيق المصلحة العامة للمرفق الإداري. ومثالنا على ذلك، أن تتخذ

---

(1) الحديث هنا عن رقابة المشروعية في نطاق رقابة القضاء الكامل. أما في نطاق قضاء الإلغاء، وهو مشمول بأحكامها وقواعدها العامة، فإننا نحيل القارئ إلى المراجع المتخصصة به. أما ما يتعلق بموضوعنا فيمكن النظر إلى: فؤاد العطار، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 566. وكذا مصطفى أبو زيد فهمي المنازعات الإدارية، من دون ذكر دار النشر، 1976، ص 195. وفيما قاله الفقه بصدد موازنة مبدأ المشروعية يراجع كمثال: عبد المنعم عبد العزيز خليفة، "إلغاء القرار الإداري لحياد الهدف المخصص لإصداره"، مقال منشور في **مجلة المحاماة**، سنة 2001، العدد 01، ص 597.

(2) لمزيد من المعرفة، يراجع على سبيل المثال: محمد عبد الحميد أبو زيد، القضاء الإداري، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1988، ص84.

الإدارة قرارا بجزاء إسقاط الالتزام من أجل إبرام عقد جديد مع شخص آخر.[1]

4 ـ **عيب مخالفة القانون**:[2]

يجب أن يكون قرار الجزاء، تطبيقا صحيحا لنصوص القانون بالمعنى الواسع، بما في ذلك مخالفة النصوص التعاقدية. "وبطبيعة الحال إذا لم يوجد الفعل الذي تثيره الإدارة لتعليل جزائها أو لا يشكل بذاته خطأ، أو لا يقابل أي التزام مفروض على المتعاقد، أو لم يلتزم هـذا القـرار بالقواعد القانونية العامة، فإنه يكون مخالفا للقانون. وتطبيقا لذلك فإن قرار الغرامة الذي اتخذته الإدارة من دون اعتداد بحجية الشيء المقضي فيه، يعتبر غير مشروع "[3].

ثانيا: رقابة الملاءمة

من المسلم به، أن قاضي العقد لا يراقب الوجود المادي لأسباب الجزاء وتكييفها القـانوني فقط؛ بل تمتد رقابته ـ أيضا ـ إلى تكييف هذا الجزاء مع خطورة الأسباب التي دعت لاتخـاذه وبذلك له أن يقرر بعدم صحة الجزاء المبالغ فيه، إذا كانت الوقائع المنسـوبة إلـى المتعاقـد لا تمثل طابعا من الخطورة كافيا لتبريره.

ولا يخلو الأمر، من الإشارة إلى أن اهتمام الفقه بركن السبب في هـذا الصـدد[4]؛ إنمـا

(1) أو بوضع المرفق تحت الحراسة، بغرض رفع مرتبات العاملين فيه، خلال الفترة التي يـؤول المرفـق إليها. للاطلاع بمزيد من الأمثلة، يرجى على سبيل المثال، مراجعة: إبراهيم محمد علـي وجمـال عثمـان جبريل، العقود الإدارية، مرجع سابق ص 477 .

(2) ويسمى أيضا بعيب (المحل)، ينظر: سعاد الشرقاوي، دروس فـي دعـوى الإلغـاء، القـاهرة، 1980 ص 90.

(3) عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجـع سابق، ص 103 ـ 104.

(4) يراجع بخصوص ركن السبب، تمثيلا لاحصرا: محمود حلمي، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، 1977

مرجعه - حسبما نعتقد - إلى أن مجال التقدير فيه واسع، بالمقارنة إلى أركان القرار الأخرى.

كما نرى من الأهمية بمكان، أن نوضح مسألة مهمة بهذا الخصـوص، وهـي أن تسـبيب قرارات الجزاء من قبل جهات الإدارة، لم يعالج تشريعيا بالدرجة التي تتناسب مع أهميته التـي تتجلى بوضوح في حالة نشوء المنازعات القضائية بهذا الشأن. فـإذا كانـت التشـريعات ذات العلاقة، قد حددت الأسباب التي تسمح للإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد المقصر، فإنها فـي ذات الوقت لم تلزمها بضرورة تسبيب قراراتها تلك على الأقل كقاعدة عامة.

ويذكر في هذا المقام، أن الإدارة في فرنسا لم تكن ملزمة بتسبيب قـرارات الجـزاء قبـل إصدار المشرع - الذي كان سباقا كعادته على الأقل بالمقارنة مع الدول المقارنـة - للقـانون 1979/07/11 والمنشورات اللاحقة له[1]، والعكس صحيح من بعد صدوره.

وبعبارة أخرى، فأن وجود تشريع محدد يتضمن قواعد التسبيب والآلية التي يفترض علـى الإدارة إتباعها، في أثناء إصدار قرارات الجزاء، سيؤدي بكل تأكيد إلى تسهيل رقابة القضـاء؛ لاسيما رقابة الملاءمة على قرارات الإدارة بالجزاء.[2]

ثالثا: مدى سلطة القاضي وتطبيقاتها بالنسبة إلى الجزاء غير المشروع وغير الملائم

تتفاوت في حقيقة الأمر، سلطة قاضي العقد إزاء الجزاءات غير المشروعة أو المغالى فيها

= ص167. وكذا محمود سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية 1992، ص 98. محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربـي، 1995، ص 265. وفي العموم: رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد مـن سـلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري، دار النهضة العربية، 1992.

(1) ألمعنا إلى هذا الجانب سلفا.

(2) يلاحظ في الآونة الأخيرة - وبوضوح - تزايد الأصوات المنادية في مصر بضرورة تسبيب الإدارة

من جزاء إلى آخر. فنراها تضيق بالنسبة إلى بعض أنواع الجزاء، وتتسع في بعضه الآخر.[1]

ونوضح ذلك فيما يأتي:

1 ـ **الجزاءات المالية**:

من المتعارف عليه فقها، بصدد هذه الطائفة من الجزاءات، أن للقاضي دائما الحكم بالإعفاء منها، متى تبين له أنها وقعت خطأ. كما أن له الحق في تخفيضها، إذا كان مبالغا فيها.

ويضيف ـ من جهته ـ دي لوبـادير (De laubadère) بهـذا الصـدد بقولـه: "كمـا له [القاضي] أن يقضي بإلزام الإدارة بأن ترد لمتعاقدها ماحصلته منه ـ بصفة تعويضـات أو غرامات أو ما تمت مصادرته من تأمينه ـ من دون وجه حق"[2].

كما أنه قد صدرت عن القضاء الإداري، العديد من الأحكام القضائية التي تؤكد استقرار هذا المبدأ.[3]

2 ـ **الجزاءات الضاغطة**:

الحقيقة أن جدلا فقهيا مازال مستمرا ـ فيما يبدو ـ بشأن هذه المجموعة مـن الجـزاءات ومدى رقابة القضاء عليها، لاسيما في فرنسا. ولعل من مسببات هذا الجدل ـ كمـا نراهـا ـ

= لقراراتها الإدارية. ومن تلك الأصوات على سبيل التذكير وليس الحصر: حمدي علي عمـر، المسـؤولية التعاقدية للإدارة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 110 ـ 111. وكذا محمد صلاح عبـد البـديع السـيد سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 224.

(1) سيتم توضيح وتفصيل هذا الأمر ضمن الحديث عن أنواع الجزاءات في الباب الثاني.

(2) العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 142.

(3) من الأحكام المؤيدة لهذا المسلك، على النحو الذي أشرنا إليه: حكم المحكمة الإدارية العليـا المصـرية الصادر في 1968/01/06، المجموعة، السنة 13، ص 369.

هو عدم استساغة جانب معتبر من الفقه لمسلك مجلس الدولة بهذا الصدد. إذ إنه في الوقت الذي استقر هذا الأخير على أن قاضي العقد يستطيع دائما أن يلزم الإدارة بتعويض المتعاقد الآخر عما أصابه من أضرار من جراء هذه الجزاءات غير الصحيحة، قرر بأنه لايستطيع الحكم بإلغائها. وهو الأمر الذي قوبل باستهجان واسع من قبل الفقه، وذلك على الرغم من أن المجلس عاد واستثنى من ذلك عقود الالتزام، وحكم بإمكانية قبول الطعن بإلغائها، أمام قاضي العقد بالطبع. وقد نادى جانب من الفقه بضرورة أن يعدل المجلس هذا المسلك، وأن يشمل العقود الإدارية كافة، وليس عقد الالتزام فقط. [1]

أما في مصر والدول المقارنة الأخرى، فلم نلحظ أن القضاء قد حكم بعدم اختصاصه بإلغاء قرارات الإدارة المتعلقة بالجزاءات الضاغطة. وكذلك الفقه، الذي يؤيد بغالبيته، حق قاضي العقد بإلغاء هذه الطائفة من الجزاءات إلى جانب الحكم بالتعويض، وللعقود الإدارية كافة.[2]

3 ـ **الجزاءات الفاسخة**:

كقاعدة عامة، فإن ما قيل بشأن الجزاءات الضاغطة، يصدق على هذه الطائفة من أنواع الجزاءات الإدارية. وعلى العموم سيتم التعرض لذلك تفصيلا في موضعه لاحقا.

---

(1) Waline (M.), Précis de droit administratif, Paris, 1970, p. 202.

وكذلك جيز(Jeze)، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 255 وما بعدها.

(2) ذلك أن إلغائها قضائيا لايتناقض مع القانون؛ بل إنه قد يكون بالنسبة إلى الإدارة أفضل من الحكم بالتعويض في بعض الحالات.

الفصل الثاني

علاقة السلطة الجزائية ببقية سلطات الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري

تمهيد وتقسيم:

من المؤكد، أن سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته، ليست هي السلطة الوحيدة المخولة للإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري، إذ ثمة سلطات وامتيازات أخرى تستحقها الإدارة، في مبادئ النظرية العامة للعقد الإداري وأحكامها.

وأهم تلك السلطات التي تقررت لصالح الإدارة في أثناء مرحلة التنفيذ، التي تقف جنبا إلى جنب السلطة الجزائية، هي سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري، وسلطة تعديل عقودها بالإرادة المنفردة. وكذا سلطة إلغاء العقد (فسخه لدواعي المصلحة العامة)، ومعلوم أن هذه السلطات من الامتيازات التي لا نظير لها في مبادئ القانون الخاص.

ومما لاشك فيه، أن مجال العلاقة - باختلاف أوجهها - بين السلطة الجزائية وهذه السلطات قائم لامحالة، إذ إن الإدارة هي المعنية بها، والقاسم المشترك الذي يجمعهما. فضلا عن أن السلطات جميعها تفترضها الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، التي تستلزم اتصاله - العقد الإداري - وتعلقه بالمرفق العام ومقتضيات سيره بانتظام واستمرار، وذلك في إطار تحقيق الصالح العام للجمهور.

وعلى العموم، رأينا من الأهمية بمكان، أن نطرق هذه العلاقة بهدف الكشف عن المزيد من المبادئ التي تحكم السلطة الجزائية، ووضع النقاط على الحروف، وتسليط الضوء على هذه السلطات لأهميتها في المبادئ الأساس للعقد الإداري.

مع ملاحظة أننا سنتطرق لسلطة إلغاء العقد لدواعي المصلحة العامة، فـي البـاب الثـاني وتحديدا في أثناء دراسة مفهوم وتعريف الفسخ في العقود الإدارية، وذلك نظرا إلى ما يـوحي إليه طابعها المجرد والمتمثل بفسخ العقد القائم وإنهاء العلاقة التعاقدية، مثلها مثل فسـخ العقـد لخطأ من جانب المتعاقد.

مما يعني أن هذا الفصل، سنخصصه لدراسة علاقة السلطة الجزائيـة، بسـلطتي الرقابـة والتوجيه على تنفيذ العقد، وتعديل عقودها بالإرادة المنفردة، وذلك بتقسيمه كما يأتي:

المبحث الأول: علاقة سلطة الإدارة الجزائية بسلطتها الرقابية

المبحث الثاني: علاقة سلطة الإدارة الجزائية بسلطتها في تعديل عقودها بالإرادة المنفردة

المبحث الأول

علاقة سلطة الإدارة الجزائية بسلطتها الرقابية

تمهيد وتقسيم:

معلوم أن للإدارة الحق في ممارسة الرقابة على تنفيذ عقودها الإدارية جنبا إلى جنب السلطات والامتيازات الأخرى، المقررة لها وفقا للمبادئ الأساس للعقود الإدارية.

ولئن كان الأمر كذلك، فمن المنطقي تصور أن ثمة أوجه للعلاقة فيما بين سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه وسلطة الإدارة في توقيع الجزاء. كونهما تخضعان في الواقع للنظرية عينها، التي تنظم مبادئ وأحكام العقد الإداري عامة، وتحديدا القواعد العامة التي تحكم مرحلة التنفيذ.

وقد رأينا - في الفصل الأول - أن السلطة الجزائية تمارسها الإدارة فقط عندما يخل المتعاقد بواجباته المفروضة عليه قانونا. بينما سلطة الرقابة تمارسها الإدارة في الأحوال كافة. ومع ذلك يجمع بينهما - علاوة على ما أشرنا إليه آنفا - أنهما يمثلان حقا للإدارة في استخدام وسيلة التنفيذ المباشر في تنفيذ عقودها الإدارية.

وعطفا عليه، نعتقد أن دراسة العلاقة بينهما تستلزم البحث أولا عن معنى ومدلول الرقابة ومن ثم التطرق إلى علاقة الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية بأساس سلطتها الرقابية وبعدها عن حدود علاقتها بسلطة الإدارة الجزائية، وأوجه التمييز بينهما، وذلك من خلال التقسيم الآتي:

المطلب الأول: مفهوم وتعريف سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

المطلب الثاني: أوجه العلاقة بين سلطتي الإدارة الجزائية والرقابية

المطلب الأول

مفهوم وتعريف سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري

يتميز العقد الإداري عن العقود الأخرى كافة، بطابع خاص مناطه سد احتياجات المرفق العام بما يكفل أداءه لوظيفته، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة بهدف ضمان سيره بانتظام واطراد.

وبالنظر إلى أن العقد الإداري دوما ما يتصل بنشاط المرفق العام، فإن التزامات المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية تكون أشد صرامة - فيما يبدو- منها في عقود القانون الخاص. لذلك تطلب الأمر وفقا للمبادئ الأساس في مجال العقود الإدارية أن "يبذل المتعاقد أقصى درجة من العناية والحرص في تنفيذ التزاماته ويفترض عليه أن يقوم بتنفيذ العقد بنفسه، ويمنعه من إحلال أي شخص محله في تنفيذ العقد كله أو بعضه إلا بأخذ الموافقة الصريحة من الإدارة مقدما، وهو ما يعني أن التزامات المتعاقد مع الإدارة هي التزامات شخصية، وعلة ذلك أن أي إهمال أو تأخير أو تقصير في تنفيذ العقد، قد يخل بحسن سير المرفق العام الذي يتصل به هذا العقد، أو يحول من دون دوام سيره بانتظام واطراد "[(1)].

فإن سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه التي تمتلكها الإدارة، وتعطيها الحق في التحقق من

---

(1) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 751 - 752.

- جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1957/04/20، المجموعة، السنة 02، رقم 97، ص 937؛ وكذلك حكمها الصادر في 1968/03/02، المجموعة، السنة 13، رقم 83، ص 625. ما يأتي: "تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع مناطه سد احتياجات المرفق العام بما يكفل أدائه لوظيفته وتغيب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ومن مقتضيات هذا الطابع أن يكون للإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ عقودها الإدارية".

مدى التزام المتعاقد بتنفيذ شروط العقد. ومن ثم "فهي تصدر لـه مـن التوجيهـات والأوامـر والتعليمات ما هو ضروري لحسن التنفيذ والالتزام بمواعيد إنهاء الأعمال وتسـليمها ابتـدائيا ونهائيا وفقا للأصول الفنية المرعية، وبالمطابقة للمواصفات المقررة. ومن ثم فإن الإدارة تهيمن على أمور تنفيذ العقد الإداري بالإشراف الكامل على تنفيذه في مراحله كافة. ويأتي الإشـراف على التنفيذ سواء من الإدارة ذاتها بعمالها ومهندسيها، أو بإسناد عملية الإشراف على جهـات متخصصة كالمكاتب الاستشارية التي تقوم بمهمة الإشراف على تنفيذ العقـد تحـت سـيطرة وهيمنة وإشراف الجهة الإدارية ذاتها "[1].

ويلاحظ أن ممارسة الرقابة وإن كانت "لا تمثل خروجا عن القواعـد المعمـول بهـا، أو المعترف بها في العقود المدنية، إذ يمكن أن يعترف للدائن بالحق في الإشراف على تنفيذ المدين لالتزاماته. ولكن ما يميز سلطة الإدارة هو تضمينها في كثير من الأحيان سلطات أوسع، وأبعد مدى من تلك المألوفة في العقد بأن يعترف لها بحق التوجيه عن طريق اختيار وتحديد وسـائل وطرق التنفيذ وذلك بما تصدره من تعليمات، أو أوامر، أو نواه تنفيذيـة تصـدرها بإرادتهـا المنفردة وتكون ملزمة للمتعاقد وواجبة التنفيذ من دون توقف على رضائه"[2].

---

(1) حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية "العقود الإدارية في التطبيق العملـي، المبـادئ والأسس العامة"، مرجع سابق، ص 205.

ـ في هذا المعنى: محمد أنس قاسم جعفر وعبد العظيم عبد السلام، النشاط الإداري، دار النهضـة العربيـة 2000، ص 261 ـ 262.

(2) عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، 139.

ـ كما أن هناك من يشبه بين سلطة الرقابة في العقد الإداري وحق الرقابة الذي يمارسه رب العمل في عقود العمل. ومع ذلك يرى الباحث أن العلاقة وإن تشابهت بعض الشيء من حيث إعطاء رب العمل حق الرقابـة على العامل، إلا أن نفوذ الإدارة وسلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري تبدو أكثر اتساعا ونفوذا مما

ومن نافلة القول، إنه إذا كان من المتصور فهم أن رقابة الإدارة على المتعاقد فـي مجـال تنفيذ العقد الإداري هي من الحقوق والسلطات التي تملكها في مواجهة المتعاقد؛ فإن الرقابة تعد أيضا التزاما ليس بالنسبة إلى المتعاقد فقط؛ وإنما أيضا بالنسبة إلى الإدارة. " فالرقابـة علـى المتعاقد تعد بالنسبة إلى الإدارة حقا وواجبا في الوقت عينه، على أساس أن ما تملكه الإدارة من حقوق وسلطات خولها القانون إياها في مجال تنفيذ العقد الإداري، ما هي إلا وسيلة تسـتخدمها بهدف تحقيق النفع العام"(1). ذلك أن المسؤولية التي تقع على عاتق الإدارة في الوقت الحاضـر باعتبارها القوامة على رعاية الصالح العام، والمسؤولة الأولى أمـام الجمهـور عـن تنفيـذ المشاريع، وأداء الخدمات بصورة منتظمة تقتضي وجود رقابة شديدة علـى النشـاط الفـردي لاسيما إذا كانت لا تستطيع عملا أن تتولى بنفسها توفير الحاجات، وتقديم الخدمات التي يتطلبها الجمهور من خلال المرفق العام، وعندما تعهد بهذه المهمة إلى الأفراد والشركات، فإنها تكـون المسؤولة عن إدارة المرفق العام الملتزمة بحسن سيره، ووظيفتها تقتضي تأمين ذلك من خلال الإشراف على هذا النشاط الفردي المساهم في تنفيذ المشاريع والمتعهد بأداء تلـك الخـدمات. وعليه تكون الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية أمرا ضروريا جدا، وبخاصة في الدول التي تتبع منهج التخطيط الجزئي أو الشامل لأعمالها؛ إذ إن تنفيذ الخطـط الاقتصـادية باختلافهـا فـي

= هي عليه في عقود العمل. لمعرفة المزيد حول هذا الجانب، يرجى على سبيل المثال مراجعة: رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، مذكرته للماجستير، مرجع سـابق ص 125. وكذا حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية "العقود الإدارية في التطبيق العملـي المبادئ والأسس العامة"، مرجع سابق، ص 205.

(1) محمد سعيد أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسـالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 310.

الوقت المحدد ووفقا لمستلزمات المصلحة العامة يتطلب إشراف ومتابعة الإدارة وتنفيذ ما تبرمه من عقود التي تدخل في منهاج الخطط. وعليه فإنها - الرقابة - تكون واجبا على الإدارة وليست رخصة ممنوحة لها تستطيع استعمالها متى تشاء وتتنازل عنها متى تشاء؛ لأنها مسألة تتعلق بالصالح العام.

وفي ضوء ما تقدم، نستطيع القول إن الهدف من تخويل الإدارة هذه السلطة هو التحقق من أن العقد يتم تنفيذه وفقا للشروط والقواعد المنظمة له التي "تضمن تصحيح مسار التنفيذ عن طريق معالجة القصور والانحرافات وتبصير القائمين على التنفيذ بمواطن الزلل ونواحي القصور أو الإهمال، حتى يمكن علاجها وتجنب أسباب وقوعها مستقبلا "[1].

وجدير بالإشارة، أن هذه السلطة في هذا الصدد قد تكون الرقابة فيها "عبارة عن رقابة فنية بغرض التيقن من قيام المتعاقد بتنفيذ العقد وفقا للشروط الفنية والإدارية الواردة به، وقد تتخذ صورة الرقابة المالية للتحقق من أن المتعاقد يقوم بالوفاء بالتزاماته المالية قبل الإدارة، ولضبط ما يقوم بينه وبينها من روابط مالية "[2].

هذا ولما كانت الرقابة على المتعاقد تمثل إحدى صور تدخل الإدارة في تنفيذ العقد الإداري وامتيازا من امتيازاتها؛ فإنه من الضروري في هذا المقام تحديد معنى تلك الرقابة حتى لا تختلط بغيرها من الصور الأخرى لتدخل الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري.

وعلى ذلك لوحظ أن المعنى الاصطلاحي الفقهي للرقابة في مجال تنفيذ العقد الإداري يعامل

---

(1) عبد العليم عبد المجيد مشرف، الوجيز في القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 - 2002، ص 305.

(2) عبد المجيد عبد الحفيظ، تعاقدات الإدارة، محاضرات مطبوعة، مرجع سابق، ص 33.

في الواقع للدلالة على معنيين متميزين:[1]

المعنى الأول: معنى ضيق يتناول فكرة الإشراف

من المسلم به، أن "للإدارة سلطة الرقابة والإشـراف Le contrôle et la surveillance على تنفيذ العقد. وهذا حق ثابت لها في جميع أنواع العقود الإداريـة باعتبارهـا طرفـا فـي العقد"[2]. وينحصر حق الإدارة في الرقابة على المتعاقد في أثناء تنفيذ العقد بهذا المعنـى فـي التحقق من أن المتعاقد "يباشر تنفيذ العقد طبقـا لشـروطه؛ أي أنـه وفقـا للمعنـى الضـيق stricosensu تكون سلطة الرقابة من جانب الإدارة مرادفـة لمعنـى الإشـراف contrôle surveillance ولا جدال في هذا الحق"[3]، كما أن ذلك من الممكن تصوره في مجال مبـادئ القانون الخاص.

وتبعا لذلك، تمارس الإدارة حق الرقابة بهذا المعنى عادة في صورة " أعمال مادية، كدخول أماكن استغلال المرفق والمخازن والورش، أو تلقي الشكاوى من المنتفعين والبث فيها "[4].

كما أنها قد تتم - أي الرقابة - من خلال الأعمال القانونية، كتعليمات أو "أوامر تنفيذيـة أو إنذارات توجهها الإدارة للمتعاقد باعتبار أنها حق مقرر للإدارة ولو لم ينص عليه العقد"[5].

---

(1) لاحظنا في محيط الفقه، من يقلب المعنى رأسا على عقب. فيجعل المعنـى الضـيق واسـعا، والعكـس صحيح، مخالفا بذلك جمهور الفقه. ينظر من أولئك كمثال: فاروق أحمد خماس ومحمـد عبـد ا الـدليمي الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1992، ص 113.

(2) عبد الغني بسيوني عبد ا ، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 543.

(3) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 454.

(4) خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمـان، الكتـاب الثـاني الطبعة الأولى، 1997، ص 285.

(5) محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي ... ، مرجع سابق، ص 1217.

ويفهم من ذلك، أن الإدارة وهي تمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريـق إيفـاد مهندسـيها وتعيين مندوبيها عنها بقصد الإشراف على تنفيذ العقد والتحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعاقد التزاماته، إنما تهدف إلى التأكد من أن كل شيء يسير وفق لمقتضيات الصالح العـام. ويكون تدخل الإدارة هنا ممهدا لتسلم العمل عند إتمامه؛ ذلك أنه مكمل لرقابة الفحص اللاحقـة عند التسلم.

وجهد ما يقال في هذا المضمار، إن حق الإدارة في الرقابة والإشراف على المتعاقـد فـي أثناء تنفيذ العقد بالمعنى الضيق، كما يراه الفقه لا يخرج عن القواعد العامة في تنفيـذ العقـود عامة.[1]

المعنى الثاني: معنى واسع يتناول سلطة التوجيه

يتجاوز حق الرقابة على المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري[2] بهذا المعنى عن سـابقه، وفقـا لتصور الفقه والقضاء الإداريين. إذ يتضمن حق الرقابة هنا "سـلطة التوجيـه pouvoir de direction أي حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب الطرق التي تـؤدي إليـه وينطوي هذا المعنى على تدخل للإدارة أعمق أثرا من تدخلها كسـلطة إشـراف، فـالإدارة لا تقتصر على التأكد من تنفيذ العقد بما يتفق والشروط الواردة به - كما هو الشأن فـي سـلطة

---

(1) يراجع تمثيلا لا حصرا: جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربيـة، القـاهرة 2001، ص 201.

(2) من نافلة القول، إن الحديث عن حق الإدارة في الرقابة في مجال القانون الإداري واسع، ويمتد ليشـمل العديد من المجالات. وتبعا لذلك يختلف معنى ومدلول الرقابة تبعا للمجال المتعلـق بهـذا المجـال أو ذاك. وحديثنا عن الرقابة هنا، إنما يقتصر على حق ودور الإدارة في الرقابة على المتعاقـد فـي مجـال تنفيـذ العقد الإداري.

الإشراف - بل تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ باختيار أنسب الطرق وأصلح الأوضـاع التـي تراها مناسبة لحسن سير المرفق. ويكون ذلك في الحالات غير المنصوص عليها صراحة فـي العقد، وإلا تعدى الأمر إلى تعديل شروط العقد، وأصبحنا أمام سلطة أخرى، هي سلطة التعديل الانفرادي من جانب الإدارة لشروط العقد"[1].

والرقابة بهذا المعنى، تتم بأعمال قانونية فقط، كإصدار التعليمات بإتباع طريقة معينة فـي التنفيذ، أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه أعمال التنفيذ وتوقيتها.

ومن ذلك مثلا، تدخل الإدارة وطلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يلجـأ إليهـا المتعهد - لاسيما في الحالات غير المنصوص عليها في العقد - وذلك على نحو تصبح معـه الرقابة بمثابة توجيه للمتعاقد.

ونستنتج مما سبق، أن للإدارة بجوار ما لها من حق في مراقبة تنفيذ التزامـات المتعاقـد معها (حق الإشراف)، سلطة توجيه المتعاقد في تنفيذ التزاماته. ولها في هذا السبيل الحق في أن تصدر إليه أوامر ملزمة في أن ينفذ تلك الالتزامات على نحو معين، وهذا الحق قائم بالنسبة إلى جميع أنواع العقود الإدارية. مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف نطاق الرقابة من عقد إلى آخـر لاسيما الرقابة بمعناها الواسع. إذ إن الرقابة بالمعنى الضيق، حق مكفول في جميع أنواع العقود الإدارية وبدرجة لا تتفاوت إلا في حدود ضيقة للغاية.

وتلزم الإشارة إلى أن الرقابة بهذا المعنى - الواسع - إنما تباشر الإدارة سلطتها على هذا

---

(1) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 288.
- في هذا المعنى: عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام الـ B .O .T دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 160.

الوجه "إعمالا لامتيازاتها الأصلية في التنفيذ المباشرaction d'office وفي إصدارالقرارات التنفيذيةdécisions executairesبإرادتها المنفردة من دون حاجة إلى الالتجاء مقدما للقضاء"[1].

وعلى أية حال، إن سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية، تنظمها القوانين والأنظمة ذات العلاقة، فضلا عن النص عليها في العقود أو دفاتر الشروط.[2]

وفي هذا الشأن، يلاحظ (سليمان الطماوي) بقوله: "إن العقود الإدارية في فرنسا تتناول بالشرح مدى سلطات الإدارة في التدخل في أوضاع تنفيذ العقد. وكذلك قد ينص على مدى سلطة الإدارة في بعض القوانين واللوائح التي تنظم الموضوع "[3].

وهكذا، فإن المشرع الفرنسي قد نظم سلطة الرقابة والتوجيه في العديد من التشريعات ومنها على سبيل المثال لا الحصر، ما جاء في "المذكرة الإيضاحية للقانون الصادر في 1908/12/13 الخاص بالتزامات السكك الحديد ومجاري المياه، بأن الحكومة وهي شخص معنوي عام تمتلك في مادة الالتزام كل سلطات التدخل والرقابة والتوجيه التي لم يقررها قانون أو لائحة مستقلة لها قوة القانون. ويرى الفقهاء الفرنسيون أن هذه القاعدة التي تقوم بالتأكيد بالنسبة إلى عقد التزام المرفق العام تمتد ـ لوحدة الأسباب ـ إلى كل العقود الإدارية"[4].

ومن ناحية أخرى، فإن "دفاتر الشروط العامة في فرنسا تتضمن غالبا نصوصا تتعلق

---

(1) محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، مرجع سابق ص 166.

(2) ينظر: حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 09 وما بعدها.

(3) ويضيف: "وحينئذ لاصعوبة في الأمر، إذ تنفذ الشروط الواردة في العقود أو النصوص التشريعية"؛ مؤلفه (الأسس العامة للعقود الإدارية) مرجع سابق، ص 454.

(4) جورجيل(Georgel)، النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 06.

بهذا الحق وتنظمه وبيان مداه"[1].

ولعله من الملائم في هذا السياق، الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه الصادر في سنة 1982 في أحد الشكاوى بتجاوز السلطة والموجهة ضد دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الخدمات الفكرية، قد "قضى بأن هذه الوثائق تعتبر أعمالا قابلة للطعن فيها، وبذلك فإن دفاتر الشروط الإدارية العامة لا تعتبر مجرد تدابير داخلية ليس لها أية قوة قانونية تجاه الغير؛ بل هذه النماذج تعتبر في حد ذاتها قرارات يمكن التحقيق فيها من طرف مجلس الدولة"[2].

ومن جهته، فإن المشرع المصري قد نظم هذه السلطة - جنبا إلى جنب سلطتي الجزاءات والتعديل - في العديد من النصوص القانونية الواردة في تشريعات المناقصات والمزايدات ومنها نورد ما يأتي:"يلتزم المقاول جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد. كما يكون مسؤولا عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد من يعمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط "[3].

وكذلك في التشريعات الأخرى التي تضمنت أحكام وقواعد سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه، ومنها - على سبيل المثال - ما جاء في المادة (07) من القانون الخاص بتنظيم التزام المرافق العامة إذ نص فيها المشرع صراحة بقوله: "لمانح الالتزام أن يراقب

---

(1) فاروق أحمد خماس ومحمد عبد ا الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ص 113 - 114.

(2) قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 123.

(3) المادة (79) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، مصدر سبق ذكره.

إنشاء المرفق العام وموضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والهيئات ...إلخ"[1].

وكذلك فإن المشرع الجزائري نظم أحكام سلطة الرقابة على تنفيذ عقودها الإداريـة، فـي العديد من التشريعات، وذلك بالنظر لما تحتله الرقابة من مكانة في الحفاظ على المال العام وبما يكفل حسن توظيف تلك الأموال المرصودة للصفقات العمومية؛ وليس ذلك فحسب بـل وضـع الأسس التي تحكم أنواع الرقابات كافة التي تتعلق بمرحلة إبرام وتنفيذ هذه الصفقات.[2]

ويلاحظ أن المشرع قد حدد الباب الخامس من المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العموميـة النافذ، وذلك لتنظيم سلطات الإدارة في الرقابة على الصفقات، واسماه رقابة الصفقات[3].

ومن تلك المواد ذات العلاقة بموضوعنا، نذكر نص المادة (103): "تخضع الصفقات التـي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده". وكذلك ما جاء في نص المادة (104): " تمارس عمليات الرقابة التي تخضع لها الصفقات في شكل رقابة داخليـة

---

(1) القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزام المرافق العامة، وتعديلاته بالقانون رقـم 497 لسـنة 1954 والقانون رقم 185 لسنة 1958. هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا الأخير، في المادة (07) المعدلـة ما يأتي:"وحق الرقابة على الملتزم حق أساس مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه.وهـو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه في العقد، بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام...إلخ".

(2) بالنسبة إلى أنواع الرقابة التي تفرض على الصفقات العمومية، يمكن مراجعة: أحمية سـليمان، النظـام القانوني للعقود المبرمجة وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الجزائر ، 1987 ص 206. وكذا عبد غلام محمد، تطور النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة نهاية الدراسات العليا في المالية، المعهد الوطني للمالية، القليعة، 1992، ص76 وما بعدها. وكذلك محمد الصالح فنيش، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدها، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية(بن عكنون) جامعة الجزائر 1987، ص 57 وما بعدها.

(3) المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مصدر سبق ذكره.

ورقابة الوصاية". أما المادة (105) فقد جاء فيها: "تمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة من دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها". وكذلك جاء في المادة (106) أنه: "عندما تكون المصـلحة المتعاقدة خاضعة لسلطة وصاية، فإن هذه الأخيرة تضبط تصميما نموذجيا يتضمن تنظيم رقابة الصفقات ومهمتها"[1].

هذا، وكانت دفاتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة علـى صـفقات الأشـغال العامة، قد تضمنت حق الإدارة في ممارسة سلطتها في الرقابة والتوجيه على تنفيـذ عقودهـا وفصلت أحكامها في مواد متعددة منها.[2]

وغير بعيد عن هذا، ما قرره المشرع اليمني، الذي عبر بوضوح على حـق الإدارة فـي الرقابة على تنفيذ عقودها. وقد خول المشرع وزارة المالية الإشراف والرقابة على تنفيذ العقود من الناحية الإجرائية والمالية، على أن تتولى وزارة الإنشاءات الإشراف من الناحية الفنية.[3]

---

(1) ومن التشريعات الأخرى التي تضمنت أحكام متعلقة بسلطة الرقابة والتوجيه، نذكر ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 84 –24 المؤرخ في 19 ماي 1984، المتضمن تحديد صلاحيات وزير التجارةالجزائري:"حيث إنه إلى جانب اللجنة الوطنية للصفقات التي تعتبر أهم جهاز تنسيقي في هذا المجال يمارس وزير التجـارة كذلك عدة مهام فيما يتعلق بتطبيق نظام التوجيه والتنسيق والمراقبة لكامل الصفقات العمومية".

(2) ومنها المواد (21،16)، التي فصلت العديد من أحكام سلطة الرقابة والتوجيه. يراجع بصدد التعليق على هذه المواد: أنيسة قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير ، كلية الحقـوق ـ جامعـة الجزائر، 2002، ص 119 ـ 121.

(3) ينظر في ذلك: المواد(52،51،50) من قانون المناقصات، والمواد(316،312،311،119،118،99،84) من لائحته التنفيذية. علما بأن المادة (117) منها قد أكدت ضرورة استعانة الإدارة بلجان للمعاينـة وأخـرى للفحص على مستوى الوزارات أو المحافظات أو المؤسسات المختلفة عند إبرامها للعقود، وأن تتضمن تلـك اللجان المهندسين والفنيين ذوي الخبرة، وكل ذلك بقصد تحقيق حق الإدارة بضمان التنفيذ الجيد لعقودها.

المطلب الثاني

أوجه العلاقة بين سلطتي الإدارة الجزائية والرقابية

الفرع الأول

الأساس القانوني المشترك لسلطتي الإدارة في الرقابة وتوقيع الجزاء

استعرضنا في السابق، الأساس القانوني - بمفهومه الواسع - لسلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية والسند القانوني الذي حملت عليه سلطة الجزاء، وكذلك الاعتبارات والمعايير المختلفة التي قيلت بصدد هذه السلطة. وطرقنا سلفا مضمون سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ عقودها، وألمحنا إلى أنه غالبا ما ينص في العقد أو دفتر الشروط، على حق الإدارة بممارسة الرقابة على تنفيذ العقود، كما أن التشريع المقارن جاء فيه ما يقرر ويؤكد هذا الحق.

ولكن السؤال الذي من خلاله يمكننا التطرق لأوجه العلاقة بين كلا السلطتين، هو:

هل يقتصر حق الإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ عقودها الإدارية، على الحالات المنصوص عليها في العقود أو دفاتر الشروط، أو في التشريعات باختلافها. أم أن هذه السلطة توجد - أيضا - حتى في الحالات غير المنصوص عليها كما هي حال سلطة الإدارة الجزائية ؟ ثم ما هو الأساس الذي تستند عليه هذه السلطة ؟

نعتقد أن الإجابة عن هذا التساؤل من شأنها أن تبين أحد أهم الجوانب التي تتعلق بمبادئ وأحكام هذه السلطة، ومن ثم أن توضح بعض أهم أوجه العلاقة القائمة بين كلا السلطتين، وذلك من خلال الآتي:

أولا: النص على سلطة الرقابة والتوجيه والآثار المترتبة عليه

مما لا جدال فيه، أن ورود نص صريح على سلطة الرقابة في العقد أو في دفتر الشروط



هو الصورة النموذجية لممارسة هذه السلطة، وهو أمر طبيعي بل مطلوب في أكثـر الأحـوال المتاحة. كما أنه قد يرد هذا الحق بمقتضى النص الواضح في التشريع ذي العلاقة بتنفيذ العقـد الإداري، وفي هذه الحالات لا يتصور أن ثمة خلافا حول ممارسة الإدارة لهذه السلطة.

إذ إن تضمن العقود الإدارية أو دفاتر شروطها، نصوصا تبين بالتفصـيل الـدقيق كيفيـة ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه، وكذلك الوسائل التي تتبع في مباشـرة هـذه السـلطة الذي عادة ما يقابله النص على الضمانات المقررة للمتعاقد في مقابل ذلك. وكذلك ما قد تفرضه التشريعات من التزامات محددة على عاتق المتعاقدين مع الإدارة، مع منح الأخيرة سلطة الرقابة على تنفيذ عقودها.

فإن من شأن الالتزام بكل هذه النصوص سواء في العقد أو في دفتر الشروط، أو تلك التـي في النصوص التشريعية ـ قانونية أو لائحية أو كليهما ـ هو ضمان تنفيذ العقود المبرمة لصالح المرفق العام بالشكل الصحيح، وهو السبيل المحتـوم والطبيعـي الـذي يفتـرض أن تنشـده الإدارة المتعاقدة.

ونرى من المفيد في هذا المقام، توضيح حالات النص المختلفة التي تظهـر بهـا سـلطة الرقابة، سواء تلك المستمدة من نصوص القوانين واللوائح، أو المستمدة من العقـود أو دفـاتر الشروط، وذلك فيما يأتي بيانه:

1 ـ النصوص التشريعية التي تنظم سلطة الرقابة والتوجيه:

يجب التفرقة في هذا الصدد، بين حالة النصوص التي تقرر وتنظم سلطة الضـبط الإداري التي تقوم خارج حدود العقد الإداري، وبين النصوص التي تنظم سـلطات الرقابـة الحقيقيـة المقررة للإدارة في تنفيذ عقودها الإدارية.

ففي الأولى: تعتبر السلطات المقررة للإدارة بمقتضى النصوص المنظمة للضبط الإداري مجرد تطبيق وترديد لامتيازات الدولة وسلطتها في تنظيم المرافق العامة وإدارتها. ومثيلها في ذلك، تلك النصوص التي تنظم المركز اللائحي في عقود التزام المرافق العامة، التي تتضمن تخويل الإدارة سلطة القيام بتنظيم المرفق وتعديل أوضاع إدارته واستغلاله، أو تلك التي تخول الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة؛ إذ إن اتخاذ الإدارة لهذه السلطات تتم بقرارات إدارية عادية، لا صلة لها في واقع الأمر بالعلاقة التعاقدية حتى ولو كان العقد قد تناولها بالذكر وعليه فإن النزاع بشأنها يخضع لقضاء الإلغاء[1].

بينما في الحالة الثانية: فهي - النصوص - التي تنظم سلطات الرقابة الأصلية المعترف بها للإدارة في العلاقة التعاقدية في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، وذلك كما جاء - على سبيل

---

(1) جاء في تعليقات مفوض الحكومة تارديبيه(Tardieu) على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1907/12/06 في قضية شركة سكة حديد الشمال، ما يبين صحة هذا القول ويوضحه:

- C.E. 06 Décémbre 1907, Cie du nord, Rec. p.919; Conclusions Tardieu.

وجديرا بالذكر، إن هذا الحكم قد صدر بمناسبة ممارسة الإدارة لسلطتها في الرقابة على شركات السكك الحديدية الملتزمة بمرفق عام. وقد لاحظ المفوض تارديبيه(Tardieu) في تقريره المقدم في هذه الدعوى أن التعليمات "التي تصدر عن الدولة للشركات الملتزمة تختلف آثارها باختلاف ما إذا صدرت إعمالا لدفاتر الشروط أو إعمالا للوائح. ففي الحالة الأولى: فإن الشركات يجب أن تلجأ إلى قاضي العقد. بينما في الحالة الثانية: عندما تستند الدولة إلى سلطة البوليس لتفرض على الشركات التزامات جديدة؛ فإن هذه الإجراءات يجب أن تبحث مشروعيتها في ذاتها، مجردة عن العقد"؛ أي أن الشركات تطعن في هذه الإجراءات بدعوى الإلغاء.

وعلى هذا النحو تماما جاءت أحكام القضاء الإداري في مصر؛ ومن أحكامه في هذا المعنى: حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في 1957/01/27، المجموعة، السنة 11، بند رقم 112، ص 161؛ وكذا حكمها الصادر في 1957/03/24، المجموعة عينها، بند رقم 204، ص 302.

مع العلم أن الفقه في غالبيته يؤيد مسلك القضاء الإداري بهذا الشأن، يراجع على سبيل المثال: حسين درويش عبدالعال، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقود الإدارية، 1961، ص 35. وكذا محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 169.

المثال لا الحصر ـ في المادة (79) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات في مصر، التـي بينت بوضوح حق الإدارة في ممارسة سلطتها في الرقابة وتوجيه عقد الأشغال العامـة، وقـد أوردنا نصها سلفا.

هذا، ومما ينبغي التأكيد عليه في هذا المجال، أن هذه النصوص التشريعية في نظر القضاء الإداري ـ كما هي حال المشرع المقارن ـ تعد جزء لا يتجزأ من شروط العقد، ويستوي بذلك النصوص المنظمة لسلطة الإدارة الجزائية أو سلطتها في الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد.

وقد جاء في أحد أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية مـا يوضـح ذلـك بـالقول: "إن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الكافة، وعلمهم بمحتواها مفترض، فـإن أقبلوا ـ حال قيامها ـ على التعاقد مع الإدارة، فقد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام ومن ثم تندمج في شروط عقودهم وتصبح جزءا منها ولا مناص من الالتزام به" [1].

وترتيبا عليه، يمكننا الاستنتاج بسهولة إلى أن هذه الشروط تعتبـر فـي حكـم الشـروط التعاقدية، ومن ثم يختص قاضي العقد بنظر المنازعات التي تنشأ عنها، وذلك على النحو الذي أشرنا إليه في الفصل الأول. ذلك أن الأحكام الضابطة لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه فـي هذا المجال بصفة عامة، هي عينها بالنسبة إلى ما هي الحال في سلطتها بتوقيع الجزاءات.

2 ـ **سلطة الرقابة والتوجيه بمقتضى العقد أو دفتر الشروط**:

إن النصوص التي تقررها تعتبر شروطا استثنائية تضفي على العقد الصفة الإدارية، وقـد تحدد هذه الشروط الطرق والوسائل التي تمارس بها الإدارة هذه السلطة، وحينئـذ فـإن هـذه

---

(1) حكمها الصادر في 1986/01/06، المجموعة، السنة 13، بند رقم 50، ص 369.

الشروط تعتبر قيودا عليها وضمانة أساس للمتعاقد لا يجوز مخالفتها، ذلك أن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه ليست سلطة مطلقة، بل تحدها حدود لا ينبغي للإدارة تجاوزها. وهنـا تبـدو صورة أخرى من علاقة التقارب مع سلطة الإدارة الجزائية.

ومن أمثلة شروط الرقابة التي عادة ما ينص عليها في العقود أو في دفاتر الشروط، حـق الإدارة في الرقابة على تعريفة الرسوم المفروضة على المنتفعين في عقود الالتزام، وحقها في توجيه التنفيذ في عقود الأشغال العامة، وأيضا تلك الشروط التي تحدد وسائل الإشـراف علـى التنفيذ في عقود التوريد.[1]

ومن نافلة القول، إن "الأصل في المنازعات التي تنشأ عن ممارسة سلطة الرقابة في هـذا المجال تكون من اختصاص قاضي العقد؛ وذلك حتى لو مورست سلطة الرقابة بشكل القرارات الإدارية، وذلك عدا حالتين يتم اختصام القرارات بها أمام قضاء الإلغاء"[2].

أما الأولى: فهي حالة ما إذا كان النزاع بين الإدارة، وأحد الأفراد غير المتعاقـدين معهـا كأحد المنتفعين بالمرفق العام في عقد الالتزام مثلا.[3]

والثانية: حالة ما إذا كان النزاع متعلقا بأحد القرارات الإدارية المنفصلة، وهي القـرارات

---

(1) يراجع في أحكام مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال:

- C.E. 20 Juillet 1917,Cie Générale des automobiles, Rec .p. 595.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر في1956/11/18، المجموعـة، السـنة 11، رقـم 18 ص 25.

(3) فصلت تعليمة وزارة الداخلية والجماعات المحلية، بشأن امتياز المرافق العمومية وتأجيرها في الجزائـر اختصاصات القضاء بالنظر إلى المنازعات التي تنشأ بين مختلف أطراف عقد الالتزام. ومع أنها لم تسـمي القضاء المختص بهذه الحالة بقضاء الإلغاء، إلا أنها أرجعت المنازعة المتعلقة بها إلى الغرف الإدارية، وهو الأمر الذي يمكننا فهمه على أساس ما تطرقنا إليه آنفا.

المستقلة عن العقد، التي تعاصر انعقاده.

وعلى أية حال، إن النص في العقد أو دفتر الشروط، إنما يقتصر على تقرير أحكام سـلطة الرقابة كما هو في سلطة الإدارة الجزائية، ولا ينشئها. إذ إنها توجد خارج نطاق العقد أو دفتر الشروط - كما سنرى لاحقا - مع أن النص عليها يمكن أن يضيق أو يوسـع مـن نطاقهـا ولكن "لا ينشىء المبدأ الخاص بالسلطة الذي يرتكز على مقتضيات الصالح العام التي يقع على عاتق الإدارة تحقيقها في نشاطها التعاقدي كما في سائر نشاطاتها الأخرى"[(1)].

ثانيا: سلطة الرقابة والجزاء خارج نطاق النص

من المسلم به، أن سلطة الرقابة والتوجيه كسلطة الإدارة الجزائية، لا يشترط لوجودهـا أن يكون ثمة نص تشريعي أو تعاقدي يقررها. وذلك باعتبارها سلطة أصيلة تقوم مرتكزة على ما استقرت عليه المبادئ والأحكام العامة في القانون الإداري. أما النص عليها فإنه لا ينشئها؛ بل يقتصر دوره على التنظيم، وبيان وسائل وشروط مباشرة الإدارة لهذا الامتياز.

وقد أكد القضاء الإداري في أحكامه مرارا، وجود هذه السلطة مستقلة عن العقـد ودفتـر

---

(1) دي لوبادير(De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 319.

- جاء في حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 1957/06/30، المجموعة، السنة 11، بنـد رقم377، ص 610؛ ما يأتي: "إن شروط العقد الموضوعة هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام مـن يقبـل أن يكون خاضعا لقانونها، وهذا القانون - وهو دستور العقود الإدارية - يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته".

- جاء في تعليمة وزارة الداخلية والجماعات المحلية، بشأن امتيـاز المرافـق العموميـة وتأجيرهـا فـي الجزائر - التي سبق ذكرها - بصدد سلطة الإدارة الرقابية ما يأتي: "حق مستمد من طبيعة المرفق نفسـه ولا يجوز للهيئة الإدارية المختصة أن تتنازل عنها كلها أو بعضها أو عن جزء منها ويحدد دفتـر الشـروط تنظيم الرقابة ... ومقتضى ذلك أن حق الرقابة ثابت للجهة الإداريـة المختصـة ولـو لـم يـنص عليـه في العقد".

الشروط، وعدها من النظام العام، وحظر على الإدارة التنازل عنها. ذلك "أن شروط العقد الإداري إنما هي مظهر لإرادة لها سلطة إلزام من يقبل أن يكون خاضعا لقانونها، وأن هذا القانون يعطي الإدارة كطرف في العقد الإداري، سلطة الرقابة على تنفيذ العقد، وكذلك سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته. ذلك أن الإدارة تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى لو لم ينص عليها العقد؛ لأنها تتعلق بالنظام العام" (1).

والحقيقة أن وجود هذا الحق للإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ عقودها الإدارية وكذلك في توقيع الجزاء؛ حتى في حالة سكوت العقد أو دفتر الشروط، يظهر بجلاء أحد أوجه التمييز المهمة بين مفهوم الرقابة في العقود الإدارية، وبين ما هو مقرر لها في مبادئ عقود القانون الخاص.

وتبدو علة ذلك واضحة، بالنظر إلى ما تستلزمه ضرورات تسيير المرفق العام بانتظام واطراد، من قيام الإدارة بممارسة سلطتي الرقابة والجزاء في الأحوال التي تكون فيها هذه السلطات ضرورية لصالح المرفق العام الذي يبرم العقد لأجله.

ومن جهته، فإن غالبية الفقه تجمع على ممارسة سلطة الرقابة، حتى في حالة سكوت العقد أو دفتر الشروط، غير أنه لوحظ اختلاف حول الأساس القانوني الذي ردت إليه السلطة في هذه الحالة. وللأهمية، نرى ضرورة استعراض أهم تلك الرؤى التي أثارها الفقه، وذلك فيما يأتي:

1 ـ يرى جانب من الفقه، أن الطبيعة القانونية للمرفق العام وحدها هي الأساس القانوني لهذه

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1957/04/20، المجموعة، السنة 02، بند رقم 97 ص 937؛ وكذا حكمها الصادر في 1968/03/02، المجموعة، السنة 13، بند رقم 83، ص 625.

السلطة، استنادا إلى مبدأ وجوب تسيير المرفق العام بانتظام واطراد، الذي يعطي الإدارة حتى في حالة سكوت العقد، الحق في مراقبة تنفيذ عقودها، وذلك كما رأينا بصدد سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد الذي يقصر عن تنفيذ التزاماته.

فسلطة الرقابة وفقا لهذا الرأي، توجد حيثما وجد المرفق العام، سواء نص عليها العقد أو سكت عنها، وأن هذه السلطة ليست إلا صدى لفكرة المرفق العام في العقد.

ومن مؤيديها - فكرة المرفق العام - في الفقه الفرنسي بهذا الخصوص، جيز(Jeze) وبيكينو(Pequignot)، ودي لوبادير(De laubadère).[1]

ويتعزز هذا الرأي في الفقه العربي بقول (سليمان الطماوي): "إن الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الدولة في الرقابة، ذلك أن المرفق العام ما هو إلا هيئة أو مشروع entreprise يعمل باطراد وانتظام لسد حاجات الجمهور، وحق الرقابة يظل موجودا طالما وجد المرفق العام" [2].

أما (توفيق شحاتة) فيقول: "إذا كانت الإدارة لا تتولى بنفسها توفير الحاجات وتقديم الخدمات التي يتطلبها المرفق العام وتعهد بهذه المهمة إلى الأفراد، فهي مع ذلك المسؤولة عن إدارة المرفق العام والكفيلة لحسن سيره، وتقتضي وظيفتها هذه أن تشرف على النشاط الفردي حين يساهم في تسيير المرفق العام ... والرقابة تستمد أساسها من فكرة المرفق العام لا من

---

(1) لمعرفة المزيد عن هذه الآراء، يراجع على سبيل المثال: أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 299. وكذلك رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة"دراسة مقارنة"، مذكرته للماجستير، مرجع سابق، ص 118.

(2) الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 456.

النصوص التنظيمية العامة، ولا من النصوص التعاقدية الخاصة بعقد معين. والأحكـام التـي تتضمنها النصوص التنظيمية أو النصوص التعاقدية، لا تعدو أن تكون منظمة لتلك الرقابة التي تملكها الإدارة، حتى إذا لم ينص عليها في العقد، بل حتى إذا نص على ما يخالفها"[1].

ومن جهته ذهب (طعيمة الجرف) للقول: "إن الإدارة تستمد حقها في الرقابـة مـن فكـرة المرفق العام الذي هو موضوع العقد"[2].

وفي هذا المنحى، يمكننا القول إن (عمار عوابدي) هو الآخر من أنصار هذا الفريق؛ إذ إنه يقول وهو بصدد الحديث عن اتصال العقد الإداري بالمرفق العام: "مهما كان الجدل والخـلاف الفقهي حول تحديد أساس قواعد القانون الإداري وهل هو فكرة السلطة العامة أو فكرة المرفـق العام أو هو فكرة الكفاية في الوظيفة العامة أو فكرة النفع العام؛ فإن القضاء الإداري في القانون المقارن يصر حاليا في أن يعمم ويؤسس قواعد القانون الإداري على فكرة المرفق العام. ذلـك أن المرفق العام باعتباره كل مشروع تنشئه وتتولاه الدولة بنفسها أو تحت إشرافها أو رقابتهـا لإشباع الحاجات العامة"[3].

وجهد ما يقال، إن أنصار هذا الفريق يؤكدون أن الإدارة "تمارس سلطة الرقابـة وتوجيـه تعليمات للمتعاقد معها، حتى في حالة عدم وجود نص صريح في العقد ينص على ذلـك؛ لأن هذه السلطة تجد أساسها في مفهوم المرفق العمومي الذي تسـهر علـى حسـن سـيره فـي

---

(1) مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 791.

(2) القانون الإداري"دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة"، مرجع سابق، ص 405.

(3) القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص 193 ـ 194. كما يمكـن الرجـوع للمرجع عينه، صفحة 217 ـ 218؛ والحديث فيها عن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري.

كافة الظروف"[1].

2 ـ يرى فريق آخر، أنه في حالة سكوت العقد فإن الطبيعة القانونية للمرفق العـام ليسـت وحدها هي الأساس القانوني لسلطة الرقابة، وإنما الأساس القانوني لسلطة الرقابة يرتكـز فـي هذه الحالة ـ إلى جانب ذلك ـ على فكرة النيـة المشـتركة للمتعاقـدين، كـإرادة ضـمنية مستخلصة من ظروف التعاقد[2].

ويلاحظ أن أنصار هذا الفريق في أثناء عرض حججهم بهذا الصدد، يشيرون بأن فكرة النية المشتركة للمتعاقدين هي طريقة لتفسير العقود في القانون الخاص، غير أنهـا طريقـة تمليهـا طبائع ومقتضيات العدالة. لذلك فلا ريب عندهم من استخدامها في تفسير العقود الإدارية؛ إذ إن مقتضى هذه الفكرة، هي أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عـن النية المشتركة للمتعاقدين من دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ. مما يعنـي، أن هـذه الفكرة تعتبر ـ في نظرهم ـ أصلا عاما في تفسير العقود سواء كانت إدارية، أو مدنية.

---

(1) ناصر لباد، القانون الإداري Le droit administratif، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سـابق ص 438.

ـ ـ في هذا المعنى: أنيسة قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرتها للماجستير، مرجـع سـابق ص 19. وكذا عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجـزء الثـاني الأشغال العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 72.

ـ اللافت أن المشرع المقارن في بعض التشريعات قد حسم موقفه بوضوح من هذا الموضوع. ففي الجزائر أشرنا سلفا إلى هذا الأمر؛ أما في مصر، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون التزام المرافق العامة رقـم 185 لسنة 1958 ما يأتي: "حق الرقابة على الملتزم حق أساسي [أساس] مرده إلى فكرة المرفق العام، ومـا يقتضيه سيره وانتظامه".

(2) ومنهم: محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 175.

وبمناسبة هذا القول، نرى من جانبنا أن إرجاع أساس سلطة الإدارة في العقود الإدارية إلى فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، فيه إهدار لتلك الخصائص التي تتميز بها هذه العقود. ذلك أن الإدارة في عقودها الإدارية تمارس سلطتها في الرقابة - وغيرها من السلطات - حتى لو لم ينص عليها في العقد أو دفتر الشروط، وهنا يتعطل العمل بفكرة النية المشتركة، على الأقل بالصورة التي يؤيدها الفريق القائل بها، ذلك أنها تفترض على الدوام رضا المتعاقد مع الإدارة على ممارسة تلك السلطات.

ولعل ما يدعم صحة رأينا هذا، ما حكم به القضاء الإداري في هذا الخصوص، بالقول: "إن العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها لا تستند دائما إلى شروط العقد، وإنما تستند أيضا إلى القواعد القانونية والتنظيمية الخاصة بالمرفق العام، التي ليس للمتعاقد بطبيعة الحال دور في وضعها"[1].

فضلا عن ذلك، فإن تفسير العقود الإدارية يجب أن يتم في حدود الصالح العام وحسن سير المرافق العامة، وفي هذه الحالة يفترض دائما أن نية المتعاقدين قد اتجهت إلى تحقيق الصالح العام.

3 - يرى آخرون أن أساس سلطة الإدارة الرقابية، إنما ترتكز على مقتضيات الصالح العام التي يقع على عاتق الإدارة تحقيقها في نشاطها التعاقدي، كما في سائر نشاطاتها الأخرى.

ويوضح أنصار هذا الجانب من الفقه، رؤيتهم بالقول: "إن أساس سلطة الرقابة نجد صداه خارج النصوص التعاقدية والتنظيمية، نجده في فكرة الصالح العام، إذ إن الإدارة مسؤولة عن

---

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر في 1956/04/24، المجموعة، السنة 10، ص 307.

أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة بشكل منتظم. وبذلك فإن معاونة الأفراد لها لا ينفي عنها تلك المسؤولية، إذا ما أشبعت تلك الحاجات للجمهور على نحو سيئ ولمواجهة تلك المسـؤولية اعترف لها بحق الإشراف والتوجيه على تنفيذ عقودها، حتى في حالة سكوت العقد والنصوص التنظيمية، لذا فهي سلطة أصيلة، ومن ثم لا يجوز التنازل عنها، أو الاتفاق على ما يخالفها"[1].

4 ـ يرى جانب آخر، أن الأساس المقرر للإدارة في حالة سكوت العقد ودفاتر الشروط هو تطبيقا لأساليب السلطة العامة وامتيازاتها التي تباشر بها الإدارة نشاطها فـي مجـال العقـود الإدارية. وأن الإدارة تمارس هذا الحق إعمالا لامتيازها في إصدار القرار التنفيذي، وفي التنفيذ المباشر، وذلك بهدف تحقيق الصالح العام؛ إذ إن سلطة الرقابة كما يشير (أحمد عثمان عيـاد) بقوله:" ترتكز على أساس مزدوج يتكون من فكرة تحقيق الصالح العام وما تشمله من تحقيـق مقتضيات المرافق العامة، كهدف ومبرر لوجود هذه السلطة، التي تعتبر سلطة الرقابة تطبيقـا من تطبيقاتها. ويتفق ذلك مع المبادئ التي قررها القضاء الإداري المصـري بشـأن سـلطات الإدارة في مجال العقود الإدارية حينما قرر أن الإدارة تتمتع بهذه السلطات ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالنظام العام ... ومن ثم فحق الرقابة يعتبر في نظرنا مظهرا من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وتطبيقا من تطبيقات التنفيذ المباشر في هذا المجال، بقصـد تحقيق الصالح العام بصفة عامة ومقتضيات المرافق العامة بصفة خاصة "[2].

---

(1) محمد يعقوب السعيدي، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، من دون ذكر دار وسنة النشـر، بغـداد ص 261.

(2) مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 300 ـ 301.

ـ قريب من هذا المعنى، حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، مرجع سابق، ص 75.

وعلى أية حال، يرى الباحث أن فكرة السلطة العامة - على قدر أهميتها - كأساس لحق الإدارة في الرقابة والتوجيه، هو وقوف عند الوسيلة من دون الاهتمام بالغاية. ذلك أن سلطان الإدارة ليس غاية بعينها، ولكنها وسيلة لتحقيق النفع العام.[1]

وإجمالا، فإننا نميل إلى الرأي القائل بإن سلطة الرقابة والتوجيه، تجد أساسها في فكرة المرفق العام، وذلك بصرف النظر عما قيل بشأن التطورات المتعلقة بهذه الفكرة، فهي بنظرنا مازالت قادرة على الدفاع عن نفسها أمام المستجدات والمتغيرات الجارية حتى الآن.

ويكفينا التذكير في هذا المقام، أن جوهر فكرة المرفق العام، تستوعب في حقيقة الأمر الأفكار الأخرى؛ لاسيما فكرتي (الصالح العام) و(السلطة العامة). فلا وجود لمرفق عام من دون امتيازات سلطوية تمارسها الإدارة بهدف تحقيق مصلحة المرفق، التي هي في الواقع مصلحة الجمهور.

وهكذا، تبدو الصورة واضحة أمامنا؛ إذ إن ما توصلنا إليه بصدد أساس سلطة الإدارة الجزائية يصدق على سلطتها الرقابية.

---

(1) ناهيك عن أن أفكار النظرية التقليدية، ما برحت أن تردد على ضرورة تلازم فكرتي المرفق العام والسلطة العامة كأساس لوجود العقد الإداري عينه.

الفرع الثاني

أوجه التقارب والاختلاف بين سلطتي الرقابة وتوقيع الجزاء

لئن كانت سلطة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، حقا ثابتا للإدارة تمارسه حتى في حالـة سكوت العقد أو دفتر الشروط؛ فإنه يسهل علينا ـ تبعا لذلك ـ استسـاغة فكـرة أن النظـام القانوني الذي يحكم هذه السلطة مختلف عما هو متعارف عليه في مجال عقود القانون الخـاص حيث لا يوجد لذلك مثيل في دائرة العقود المدنية.

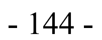
وقد بينا، أن الأسس والمبادئ العامة التي تنظم سلطة الإدارة الرقابية هي عينها بالنسبة إلى سلطتها الجزائية. ومع ذلك، ثمة بعض أوجه الاختلاف بين كلتا السلطتين بطبيعة الحال.

وكذلك فإن أوجه هذه العلاقة من الناحية الايجابية، لا تقف عند حد الأساس الذي يجمعهما؛ بل إن هناك بعض علامات أخرى للتقارب والتداخل بينهما.

ولعله من الملائم في مجرى هذا السياق، أن نشير إلى بعض الملاحظات المهمة قبل الولوج إلى الحديث عما يمكننا استخلاصه عن وجهي العلاقة، وذلـك حتـى تتكامـل الصـورة فـي ذهن القارئ.

الملاحظة الأولى: وتكمن في أن حق الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه، وإن كان ثابتا في العقود الإدارية كافة، إلا أن مدى استعمال هذه السلطة يختلف باختلاف نوع العقـد عينـه. فهي في عقد أوسع مجالا وأرحب نطاقا، كما هو حالها في عقود الالتزام عامة. وعلى غير ذلك في عقود أخرى.

أما الثانية: فتتركز في أنه دوما ما يتم في أثناء دراسة أحكام السلطة الرقابية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، التوقف عند مسالة العلاقة بين هذه السلطة وسلطة الإدارة في الضبط الإداري.



ذلك أنه يصعب - فيما يبدو- في بعض الأحيان التمييز بين معناهما، والأثر المترتب على مباشرة الإدارة لهاتين السلطتين.

وقد شدد القضاء الإداري في أحكامه بهذا الخصوص، على ضرورة التمييز وعدم الخلـط بين إجراءات الإدارة البوليسية الصادرة استنادا إلى لوائح الضبط الإداري[1]، وبين الإجراءات الصادرة استنادا إلى نصوص لائحية، والتي تدخل ضمن النطـاق التعاقـدي[2]؛ لاسـيما وأن إجراءات الضبط الإداري قد تتجلى هي الأخرى في شكل تعليمات تصدر للمتعاقد بفـرض أو حظر طريقة ما من طرق تنفيذ العقد.

ونوضح القول الأخير، في أن الإدارة تستطيع في أثناء ممارسة سلطتها الضـبطية، اتخـاذ إجراءات لائحية أو فردية في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، شأنه في ذلك شأن بقيـة الأفـراد. فيمكنها مثلا إلزام المقاولين أو ملتزمي المرافق العامة بتنفيذ بعض التوجيهات التـي يقتضـيها الأمن العام، أو الصحة العامة، كوجوب إضاءة السيارة ليلا بالنسبة إلى ملتزمي النقـل العـام مثلا[3].

هذا، ويستتبع القول إن القضاء الإداري يمنع الإدارة من أن تضفي على الإجراءات التـي

---

(1) جاء في تعريف الضبط الإداري، ما يأتي: "هو من أعمال الإدارة، مكلفة به أجهزة معينة، وتتجسد فـي الحفاظ على النظام العام ... وذلك من خلال إصدار اللوائح الضبطية والقرارات الفرديـة واسـتخدام القـوة المادية"؛ خالد عمر باجنيد، القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 128.

(2) ينظر بهذا المعنى على سبيل المثال: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1968/01/06.

(3) ينظر في ذلك: تعليقات تاردييه(Tardieu) على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1907/12/06 بخصوص قضية شركة سكة حديد الشمال، المذكورة سلفا، ص 913 - 919؛ وتعليقات جوس(Josse) على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1930/07/18 بخصوص قضية شركات السكك الحديد:

- C.E .18 Juillet 1930, Cie .P.L.M ., R.D.P., 1931, p .141; Conclusions Josse.

تتخذها لرقابة تنفيذ العقد، شكل التعليمات البوليسية. كما يحظر عليها استعمال العقوبات الجنائية وسلطات البوليس كوسائل ضغط لتنفيذ العقد.[1]

وعلى العموم، يمكننا تلخيص أوجه العلاقة بين سلطتي الإدارة (الرقابية والجزائية) وذلك فيما هو آت:

أولا: علاقة سلطة الإدارة الجزائية بسلطتها الرقابية

يستفاد مما ذكر سلفا، أن سلطة الإدارة الرقابية، واحدة من السلطات المؤكدة التي تمارسها الإدارة جنبا إلى جنب سلطتها الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري.

وتأسيسا على ذلك، ومع عدم إهمال ما قد تم التطرق إليه قبلا؛ فإنه يمكن استخلاص أبرز الأسس القائمة ونقاط التقارب والتشابه بين كلا السلطتين، وذلك فيما يأتي:

1 ـ تعد كلا السلطتين من الامتيازات التي تقررت لجهة الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، وذلك وفقا لفكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في مبادئ عقود القانون الخاص التي تعد هي الأخرى ركنا أساسا لقيام العقد الإداري.

2 ـ لما كان الهدف الأساس هو ضمان استمرار المرفق العام بانتظام واطراد، فإن للإدارة أن تمارس كلا السلطتين حتى في حالة سكوت العقد أو دفتر الشروط عن إقرارهما. وتبعا لذلك لا يجوز التنازل عنهما نهائيا في الأحوال كافة، كونهما من النظام العام.

---

(1) من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي قرر بها ذلك:

ـ C.E. 19 Mars 1930, Société toulousaine du Basicale. Rec .p.312.

وكذا حكمه الصادر في 1929/10/11، في قضية (شركة ملاحة جنوب الأطلنطي)، سبق الإشارة إليه.

ـ لمعرفة المزيد بهذا الشأن، يراجع: جورجيل، النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 07.

3 ـ تمارسهما الإدارة بالإرادة المنفردة، وفقا لامتيازها في التنفيذ المباشـر دونمـا حاجـة للالتجاء إلى القضاء مقدما.

وفي حقيقة الأمر، ما لبث الفقه أن يؤكد العلاقة القائمة بين سلطة الإدارة الجزائية وسلطتها في الرقابة؛ لاسيما في هذا الجانب. وفي هذا الصدد يقول بيكينو(Pequignot):"إن كلا من سلطة الرقابة وسلطة توقيع الجزاءات تعطي الإدارة ـ لكي تتمكن من تنفيذ عقودها الإدارية ـ حـق استعمال امتيازاتها في إصدار القرارات التنفيذيـة، وفـي التنفيـذ المباشـر. وأن التعليمـات والجزاءات تصدر انفراديا عن الإدارة من دون حاجة إلى اللجوء مقدما للقضاء"[1].

4 ـ في كلتيهما يحق للمتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى القضـاء، فيمـا إذا تجـاوزت الإدارة الحدود والأغراض الموضوعة لكلتا السلطتين.

فسلطة الإدارة الرقابية ليست مطلقة[2] وإنما مقيدة بحدود معينـة، لا يجـوز لـلإدارة أن تتعداها. فلا يجوز مثلا "أن يصل الأمر بالإدارة وهي بصدد ممارسة الرقابة أن تغير من طبيعة العقد المتفق عليه، أو أن ترمي إلى تحقيق أهداف لا تمت بصلة للمرفق العام موضوع التعاقد. كما يجب على الإدارة الالتزام بمبدأ المشروعية وهـي بصـدد ممارسـة الرقابـة والتوجيـه

---

(1) النظرية العامة للعقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 10.

(2) بصفة عامة لا يجوز للإدارة استخدام سلطتها في الرقابة لتحقيق غرض لا يتصل بسير المرفـق العـام موضوع التعاقد، وإلا كان ذلك إساءة لاستعمال السلطة. فمثلا إذا أصدر مهندس الإدارة المكلف بالرقابة على تنفيذ عقد أشغال عامة، أمرا إلى المقاول بفصل بعض العمال، فيجوز للقضاء أن يفحص أمر الفصل فيما إذا كان متصلا بالمقاولة ومستندا إلى خطأ من جانب العمال، ومبنيا على أساس صحيح أو غير ذلـك لبيـان إذا كان الفصل نتيجة لإساءة استعمال السلطة. للاستزادة، يراجع: توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 792. طعيمة الجرف، القانون الإداري"دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامـة" مرجـع سابق، ص 612. عبد المجيد عبد الحفيظ، تعاقدات الإدارة، محاضرات مطبوعة، مرجع سابق، ص 34.

على المتعاقد"[1].

وكذلك هو الأمر بالنسبة إلى سلطة الإدارة الجزائية، بالشكل الذي استعرضناه في السابق.

5 ـ يعتبر الإخلال الجسيم والمتعمد من قبل المتعاقد مع الإدارة، للأوامـر الصـادرة عـن الأخيرة في أثناء قيامها بممارسة حق الرقابة والإشراف والتوجيه، بمثابة أحد الأفعال المبـررة لاتخاذ الجزاءات الإدارية.

6 ـ إقرار الإدارة بعدم حرصها على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليهـا بمثابـة إعفـاء المتعاقد من تنفيذ بعض أنواع الجزاءات، لاسيما غرامة التأخير. وذلك "كما لو كان حل ميعـاد توريد أدوات صحية مثلا، بينما لم يكن البناء الذي تعاقد آخر على تشييده قـد أصـبح مهيئـا لتركيب هذه الأدوات. فيتعين عندئذ إعفاء المتعاقد من توقيع جزاء غرامة التأخير"[2].

7 ـ تعد كلتا السلطتين من السلطات المقررة للإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإداريـة، فـي التشريعات المنظمة لهذه العقود في الدول المقارنة.

---

(1) محمد أنس جعفر وعبد العظيم عبد السلام، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص 261 ـ 262.
ـ في هذا المعنى: عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة والأشـغال العامـة، مرجـع سابق، ص 72. وكذا محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار العلوم للطباعة والنشر، الريـاض، الطبعـة الأولى، 1984، ص 961 وما بعدها.
ـ من نافلة القول، الإشارة إلى أن سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية قد تباشرها بالإضافة إلى الجهـة الإدارية المتعاقدة جهات رقابية أو رئاسية أخرى، إلا أن الأمر يختلف عما تمارسه بعض الأجهزة فيما بعـد تنفيذ العقود ومنها مجالس المحاسبة. يمكن بهذا الشأن مراجعة: عبد غلام محمد، تطـور النظـام القـانوني للصفقات العمومية، مذكرته لنهاية الدراسات العليا، مرجع سابق، ص 76 وما بعدها. وكذا محمـود خلـف الجبوري، العقود الإدارية، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع، جامعة بغداد، 1989، ص111 وما بعدها.
(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1970/03/21، السنة 12 ق، المجموعـة فـي 15 عاما (1965 ـ 1980)، الجزء الثاني، ص 1884.

ثانيا: التمييز بين سلطتي الإدارة الجزائية والرقابية

يتجلى الاختلاف والتمييز بينهما بصفة عامة في نظرنا ـ فضلاعما سبق ذكره ـ في الآتي:

1 ـ تمارس الإدارة سلطة الرقابية في الأحوال كافة، ولا يعيقها في ذلك إلا التزامها بالحدود والضوابط القانونية. بينما تلجأ الإدارة للسلطة الجزائية فقط عندما يخل المتعاقـد بالالتزامـات المقررة عليه قانونا.

2 ـ تهدف الإدارة من استخدام سلطة الرقابة والتوجيه إلى ضمان حسن التنفيذ بصورة جيدة ومرضية لعقودها الإدارية المبرمة. بينما في الأخرى، فضلا عن ذلك ـ كما هو بالنسبة إلـى سلطة الجزاءات الضاغطة المؤقتة ـ إلى توقيع الجزاء المناسب على المتعاقد المقصر عن أداء التزاماته، وكذلك لجبر الأضرار التي قد تصيبها.

3 ـ لا يترتب على ممارسة السلطة الرقابية، إنهاء العقد القائم. بخلاف الوضع بالنسبة إلـى السلطة الجزائية؛ إذ إن بعض أنواع الجزاءات الإدارية ـ كما سيأتي بيانه بالتفصيل في البـاب الثاني ـ تؤدي إلى إنهاء العلاقة التعاقدية القائمة؛ وتحديدا جزاء الفسخ.

4 ـ نعتقد أن مبادئ سلطة الإدارة الجزائية وأحكامها أوسع مدى، إذا ما قارناها بـالأخرى مع الأخذ بعين الاعتبار مسألة تعدد أنواع الجزاءات وتنوع أحكامها، هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، فهي تلبي للإدارة حاجتها في تغطية الأضرار التي تلحق بها جراء تخاذل المتعاقد معها عن الأداء الجيد للالتزامات القانونية ـ بمعناها الواسع ـ ورغبتها فـي تقـويم الاعوجاج الذي يصيب المرفق العام تبعا لتقصير المتعاقد، فضلا عما يمكن التسليم بـه، مـن حيث إنها تفرض العقاب المناسب عليه.

المبحث الثاني

علاقة سلطة الإدارة الجزائية بسلطتها في تعديل عقودها بالإرادة المنفردة

تمهيد وتقسيم:

قدمنا، أن امتيازات الإدارة السلطوية التي يحق لها استعمالها في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، لا تقتصر على سلطتها الجزائية فقط. وأنه من الطبيعي تصور أن علاقة ما تقوم بين تلك السلطات؛ إذ إنه من غير المنطقي تقبل فكرة أن فصلا كاملا يقوم بينها، في الوقت الذي تبررهم جميعا فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، لذلك كان لنا أن فصلنا أبرز أوجه تلك العلاقة القائمة بين سلطة الجزاء وامتياز الإدارة بالرقابة والتوجيه.

غير أنه لما كانت الظروف الإدارية مرهونة بالأوضاع الاقتصادية والاجتماعية ...إلخ. وكان معلوم أن الأخيرة في حالة تغير دائم، فقد جاز للإدارة في النظرية العامة للعقد الإداري أن تقوم بتعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، وذلك كلما كانت هناك ضرورة وحاجة لصالح المرفق العام.

لذلك فمن الواجب في هذا المضمار - كما نعتقد - أن نتطرق لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بالإرادة المنفردة، التي تعد واحدة من السلطات التي يحق للإدارة استخدامها في مرحلة تنفيذ العقد، وذلك بهدف تسليط الضوء على العلاقة القائمة بينها وبين سلطة توقيع الجزاء - موضوع الدراسة - فالبحث سيستقيم من وجهة نظرنا باستكمال طرق هذه العلاقة.

وفي حقيقة الأمر، أن المبادئ والأحكام المنظمة لسلطة التعديل متوافقة في العديد من الأوجه مع السلطة الجزائية، وذلك ليس بالغريب، فكلاهما - مع السلطة الرقابية - من السلطات المخولة الإدارة بممارستها بقصد تنفيذ عقودها بالشكل الذي يحقق أهداف المرفق العام، التي

تعد وسيلة العقد الإداري، إحدى وسائله القانونية المتاحة.

وقولنا هذا، لا يعني بأي حال من الأحوال عدم وجود اختلافات ما ـ بطبيعة الحال ـ في بعض الجوانب الأخرى.

وإجمالا، سنقوم بدراسة مجال العلاقة بين سلطة الإدارة في توقيع الجزاء، وسلطتها في تعديل عقودها بالإرادة المنفردة، وذلك خلال البحث عن مضمون امتياز التعديل الانفرادي ومظاهره المختلفة التي تتجلى بها هذه السلطة، وكل ما يتعلق بها، لاسيما تلك المجالات التي تتشابه مع ما هو قائم في السلطة الجزائية، وعلى وجه الخصوص المبررات القانونية والأساس الذي تقوم عليه، وكذا الضوابط والقيود التي يفترض عدم تجاوزها في أثناء ممارسة هذه السلطة. وكل ذلك بهدف الكشف عن جوانب العلاقة القائمة بين كلا سلطتي الإدارة، سواء تلك التي تتقارب أحكامهما بها وتتداخلان، أو تلك التي تميز كل منهما عن الأخرى، فضلا عن أن هذا البحث والكشف سيسلط الضوء ـ تبعا لذلك ـ على أهم المبادئ والأحكام التي تنظم هذه السلطة التي تعد من الامتيازات المهمة التي تقف إلى جانب السلطة الجزائية في أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري، وعلى الأصعدة كافة؛ تشريعا وقضاء وفقها.

وقد آثرنا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، كالآتي:

المطلب الأول: تعريف سلطة التعديل الانفرادي ومظاهرها

المطلب الثاني: علاقة الجزاء الإداري بالتعديل الانفرادي

المطلب الأول

تعريف سلطة التعديل الانفرادي ومظاهرها

الفرع الأول

المعنى العام لسلطة التعديل الانفرادي

لا مندوحة عن أن العقد الإداري شأنه شأن كل عقد، ينشئ حقوقا والتزامات متبادلة بين طرفيه، غالبا ما تكون منصوصا عليها في العقد. غير "أن علاقة الإدارة بالمتعاقد معها في العقد الإداري، تختلف اختلافا كبيرا عن العلاقة التي تربط المتعاقدين في العقود المدنية" [1].

ذلك أن علاقة الإدارة بالأفراد في العقود الإدارية "تتميز بطابع خاص يختلف عن علاقة الأفراد بعضهم ببعض، مما أدى إلى وجود قواعد تناسب طبيعة نشاط الإدارة وهدفها"[2].

ومرجع ذلك، أن الإدارة باستخدامها وسيلة العقد الإداري، إنما تهدف إلى تسيير المرفق العام الذي تقوم على رعايته. لذلك يبدو طبيعيا "عدم تساوي المركز القانوني للمتعاقدين فالإدارة تشغل مركزا متميزا عن الأفراد، وذلك بحكم سهرها على تحقيق الصالح العام، ومن ثم فهي تتمتع بسلطات استثنائية"[3]، وهنا تظهر قاعدة عدم المساواة المميزة للقانون الإداري بصفة عامة بحسب قول عامة الفقه. حيث توجد عدم مساواة قانونية بين طرفي العقد الإداري بين الفرد الذي يهدف إلى تحقيق مصلحته الخاصة والحصول على الأرباح، وبين الإدارة التي

---

(1) يحيى خير الدين، "القضاء المستعجل في العقود الإدارية"، مقاله، مرجع سابق، ص 102 وما بعدها.
(2) رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض "مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية"، مرجع سابق، ص 09.
(3) أنور أحمد رسلان، نظريات الصعوبات المادية غير المتوقعة، مقاله، مرجع سابق، ص 823.

تسعى دائما إلى تحقيق هدف المرفق العام، فتتمتع من أجل ذلك بامتيازات استثنائية.

ولئن كان مبدأ ثبات العقد - من زاوية أخرى - كما هو في عقود القانون الخاص لا يتماشى أحيانا وأوضاع الإدارة في تحقيقها للمصلحة العامة، نظرا للمستجدات التي قد تطرأ كان "لابد للإدارة من أن تخرج عن مبدأ ثبات العقد هذا، كي تستطيع الوصول إلى تحقيق أهدافها المرجوة من التعاقد، وذلك بإخضاع عقودها الإدارية إلى مبادئ أخرى تحقق هذا الغرض. ويمكن القول إن جملة هذه المبادئ الجديدة تدخل في إطارها ما يصطلح عليه بنظرية عدم ثبات العقد الإداري، أو نظرية مرونة العقد الإداري. ويتضح أثر هذه النظرية بشكل خاص على مدى الالتزامات المتبادلة في العقد الإداري، حيث لا يمكن إلزام الإدارة بذات الطريقة التي يلتزم بها الأفراد في عقودهم الخاصة "[1]، ومن ثم من غير المستساغ إلزام الإدارة بتطبيق مبادئ وأحكام وقواعد القانون الخاص، التي تضمنتها التشريعات المدنية الحديثة، التي تسلم بأن العقد شريعة المتعاقدين، إذ لا يجوز لأحد طرفيه أن يقوم بتغيير جوهر العقد والتزاماته المنصوص عليها بحجة ظهور ما يستلزم ذلك.

ومن نافلة القول، الإشارة إلى أن التشريع المدني المقارن، قد جسد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في العديد من النصوص. فمثلا جاء في مضمون ما عبرت المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي عن ذلك بقولها: تقوم الاتفاقيات المكونة بشكل قانوني مقام القانون تجاه الذين يبرمونها. ويبدو واضحا، أن هذه الصيغة تستدعي في آن واحد الطابع الإلزامي للعقود

---

(1) فاروق أحمد خماس ومحمد عبدا الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ص 116.

وثباتها، الذي يمنع أي تعديل إذا لم يوافق جميع الفرقاء عليه أو إذا فرضه القانون، والمساواة بين المتعاقدين المرتبط كل منهما بالآخرين بشكل مماثل.(1)

ويلاحظ في هذا الخصوص، أن المواد القانونية التي تجسد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي أخذ بها المشرع في الدول المقارنة الأخرى، قد تضمنت الجوهر عينه الذي تواتر عليه النص القانوني المدني، وجاءت صيغتها بصفة عامة متقاربة، بل بالأحرى متطابقة إلى حد كبير مع ما عبر عنها المشرع الفرنسي. فالمشرع المصري عبر عن ذلك في المادة(147) بقوله: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون". وكذلك الحال فيما جاء به المشرع الجزائري في نص (106) من القانون المدني بقوله: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يحددها القانون"، وكذلك ما عبر عنه المشرع اليمني في المادة (214) من القانون المدني بقوله: "العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

وفي الواقع، فإنه من تبعات تطبيق هذه القاعدة - العقد شريعة المتعاقدين - التي تعتبر موجهة إلى المتعاقدين وإلى القاضي في مجال عقود القانون الخاص، إنه لا يجوز للقاضي أن

---

(1) بصدد إعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية، والجدل الذي دار في ساحة الفقه القانوني الفرنسي، يمكن مراجعة: جورج فيديل، بيار دولفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2001، ص 310 وما بعدها.

- يشير (يحيى الجمل) إلى أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تعود إلى القانون الروماني، تعد إحدى القواعد المهمة التي مازالت تحكم مجال قواعد القانون الخاص؛ مؤلفه (حصاد القرن العشرين في علم القانون) مرجع سابق، ص 06.

يفسخ عقدا صحيحا أو يعدله، كما لا يجوز لأي من المتعاقدين بإرادته المنفردة أن ينقض العقد الذي أبرم بتوافق إرادتين أو يعدله؛ إذ إن ما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة. ومن ثم فالسائد في القانون الخاص أنه لا يجوز أي تعديل على العقد أو فسخه، إلا باتفاق الطرفين أو اسـتنادا إلى نص في القانون، ذلك أن العقد ينشئ مركزين متقابلين ومتساندين في الوقت عينه، أحدهما سلبي والآخر ايجابي، أو كلاهما سلبي وايجابي في آن واحد، وبهذا يتميز العقد عن غيره مـن الأعمال القانونية. ولما كان من المقرر أن المركز الشخصي لا يجوز المساس به، فهو إذا وجد لا يصح تعديله ولا يجوز نقضه، وطالما أن المراكز الذاتية أو الشخصية تتميز بمثل هذا الثبات والاستقرار؛ لذلك فإن العقد يعتبر عملا قانونيا مستقرا لا يجوز تعديله أو فسخه إلا باتفاق آخر بين المتعاقدين عينهم.

إلا أنه في مجال العقود الإدارية، فإن الالتزام بمبدأ ثبات العقد على النحو الذي يعمل به في مجال عقود القانون الخاص، لا يتفق مع المستجدات التي تتغير بتغير الزمن. لذلك من الواجب على الإدارة في هذه الحالات أن تتدخل لتعديل نصوص العقد بما يضمن حسن سـير وانتظـام المرفق العام موضوع العقد.

وبمعنى آخر، فإن فكرة المرفق العام ومسؤولية الإدارة عن تنظيمه وتسييره التي استلزمت منح الحق للإدارة في توقيع الجزاء، وكذلك في رقابة وتوجيه المتعاقد معهـا بهـدف تحقيـق الصالح العام ومقتضيات المرفق العام، "فإن هذه الفكرة عينها اقتضت منح الإدارة سلطة تعديل شروط التعاقد بالزيادة أو النقصان أو بالتغيير أو بالتبديل، لاسيما أن من القواعد الضابطة لسير المرافق العامة، قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير، ولا يقبل أن تقـف الإدارة مكتوفـة اليـد وتعجز عن تنفيذ واجباتها نحو تعديل نظام سير المرفق العام لمجرد أن المتعاقد معهـا فـرض



عليها بمقتضى العقد الوقوف جامدة أمام الحاجة إلى التغيير"[1].

واللافت للنظر، إن العديد من فقهاء القانون الخاص أنفسهم، يؤكـدون حـق الإدارة فـي استعمال هذا الامتياز، فتمثيلا لا حصرا، يقول (عبدالرزاق السنهوري): "تعتبر سـلطة الإدارة في تعديل بعض نصوص العقد بإرادتها المنفردة من أهم خصائص العقد الإداري التي تميـزه عن العقد المدني التي تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم لا يجوز تعديلـه بـالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين" [2].

ونخلص من جماع ما سبق، أن الإدارة تستطيع - دائما - أن تعيد النظر في موقفها بالنسبة إلى أوضاع تنفيذ المرفق المسؤولة عنه حتى في أثناء تنفيذ العقـد، إذا اتضـح أن الأوضـاع المحددة في العقد، لم تعد تتوافق مع الصالح العام، فلها مثلا أن ترفض التوريدات مـن دون أن تبدي أسبابا لذلك، كما تستطيع أن تعدل قواعد سير المرفق العام الذي يرتكز عليـه العقـد، إذ لا يمكن إجبار الإدارة على استلام شيء لم تعد ترغب فيه، أو على الاستمرار في تشييد مبنـى غير مفيد لها. وممارسة الإدارة لسلطة التعديل بإرادتها المنفردة، التي تمثل خروجا عن المبـدأ الأساس في مبادئ عقود القانون الخاص، ألا وهو عدم المساس بالقوة الملزمة بالعقد؛ فإنهـا لا تنطوي على طابع معيب أو غير مشروع من جانبها؛ بل العكس من ذلك تماما، كون اسـتخدام

---

(1) محمود حلمي، العقد الإداري، مرجع سابق، ص 70 - 71.

- في هذا المعنى: محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 214.

(2) الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربـي بيروت - لبنان، الجزء الأول، ابريل 1952، ص 540.

- في هذا المعنى: عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتـزام، الجـزء الأول، مصـادر الالتـزام المطبعة العالمية، القاهرة، 1962، ص 548.

الإدارة لها تمثل واجبا على عاتق السلطة العامة المسؤولة عن تنظيم المرفق العام وفقا لأفضل الأوضاع، كما هي الحال بالنسبة إلى سلطتها في اتخاذ الجزاءات الإدارية، في حالـة تقصـير المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته، أو لسلطتها في الرقابة والتوجيه على تنفيـذ العقـد. وهـذه السلطات تعتبر بحق من السمات المميزة لطبيعة العقـد الإداري، كمـا أن الأشـخاص الـذين يتعاقدون مع الإدارة لا يجهلونها ولا يمكنهم أن يتجاهلوها.

وجدير بالإشارة، أن مجلس الدولة الفرنسي، كان قد اعترف للإدارة بسلطة تعديل عقودهـا الإدارية، "ابتداء من سنة 1910 في القضية الخاصة بشركة ترام مرسيليا المتعلقة بعقد التـزام مرفق عام، ثم امتدت هذه السلطة لتمثل العقود الإدارية كافة، سواء عقود الأشغال العامـة، أو عقود التوريد، أو عقود الوظيفة العامة ونحو ذلك من العقود"[(1)].

وفي وقت لاحق، اعترف مجلس الدولة المصري، بهذه السلطة بالصورة التـي أخـذ بهـا سابقه، وذلك في أحكامه الأولى. ومنها ما قررته محكمة القضاء الإداري، بقولها: "مقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة ـ على خـلاف المـألوف فـي معاملات الأفراد فيما بينهم ـ حق تعديل العقد في أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد

---

(1) طعيمة الجرف، القانون الإداري، مرجع سابق، طبعة 1987، ص 616. وكذا علـي الفحـام، سـلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعـة عـين شـمس، 1975، ص 56 وما بعدها.

ـ في صورة لافتة لم نلحظها في كثير من المؤلفات، ذكر (ناصر لباد) ما يأتي: "أن مجلس الدولة الفرنسـي كان قد اعترف بسلطة التعديل قبل ذلك وتحديدا في قضية الشركة الجديدة للغاز لـدوفيل ـ لـيس ـ روان بتاريخ 10 جانفي 1902"؛ مؤلفه (القانون الإداري Le droit administratif)، الجـزء الثـاني، النشـاط الإداري، مرجع سابق، ص 439.

معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من الأعباء الملقاة على عـاتق الطرف الآخر أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص علـى خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، ومن غير أن يحـتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجـوز تعديلـه إلا باتفـاق الطرفين. وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها، وقيامها على فكـرة اسـتمرار المرافـق العامة، تفترض مقدما حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضـيات سير المرفق، وأن التعاقد فيها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة، مما يترتب عليـه أن الإدارة وهـي صـاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره تملك حق تعديل العقـد بمـا يـوائم هـذه الضرورة وتحقيق المصلحة..."[1].

ومن جهته، أهتم المشرع المقارن بتنظيم هذه الامتياز في التشـريعات المختلفـة، وأهمهـا تشريعات الصفقات العمومية والمناقصات والمزايدات.

ولاحظنا بهذا الشأن، أن المشرع في الدول المقارنة، لم يقف عند حد التعبير عـن رغبتـه بالاعتراف للإدارة بهذه السلطة، وإنما قام بتنظيم تفاصيلها، وإيراد مبادئها وأحكامها المختلفـة

---

(1) حكمها الصادر في ديسمبر1957، الطعن رقم 1609 (المعروفة بقضية وزارة التموين ضد السيد محمد محمد خليل)، لسنة 10 ق، المجموعة، السنة 11، ص 90. وقد جاء في أحكام أخرى صـادرة عـن هـذه المحكمة - أشارت بها بوضوح - إلى أن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقـة تنفيـذه بالإرادة المنفردة هي الطابع الرئيس لنظام العقود الإدارية، وهي إحدى أبرز الخصائص التـي تميـز نظـام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية.

في صورة ملحوظة، إذا ما قورنت ببعض المواضيع الأخرى ذات العلاقة. مما نستطيع القـول معه - مع بعض التحفظ الذي سنشير إليه لاحقا- إن اهتمام المشرع بتنظيم أحكام هذه السلطة وقواعدها، لا يقل بصفة عامة عما هو في سلطة الإدارة الجزائية.

ففي عقود الالتزام الذي تحتل قواعده العامة، مكانة مهمة فـي النظـام التشـريعي للعقـد الإداري، جاء في نص المادة (05) من القانون المتعلق بتنظيم الأحكام العامـة لعقـود التـزام المرافق العامة في مصر، بشأن تنظيم سلطة الإدارة بتعديل عقودها بالإرادة المنفردة، أنه:"لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظـيم المرفـق العام موضوع الالتزام، أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مـع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل"[1].

وبصفة عامة، جاء في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايـدات المصـري، بهـذا الخصوص: "يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجـم عقودهـا بالزيـادة والـنقص فـي حدود (25%) بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار من دون أن يكون للمتعاقـد مـع هـذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك"[2]، ويضـيف المشـرع، بقولـه: "المقـادير

---

(1) لسنة 1947، مصدرسبق ذكره؛ علما بأنه من القوانين السباقة التي نظمت مبادئ وأحكام عقـود التـزام المرافق العامة، ليس في مصر وحسب؛ وإنما على مستوى الوطن العربي. ويعتبر بحق دليلا تشريعيا مهمـا للقوانين والتشريعات المتعلقة بعقود التزام المرافق العامة.

(2) المادة (78) من هذه اللائحة، مصدر سبق ذكره.

- يرجى مراجعة: أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايـدات الجديـد مرجع سابق، ص 319 وما بعدها؛ إذ يورد تعليقات مهمة على نصوص هـذه اللائحـة بهـذا الخصـوص ومقارنتها مع مواد قانون المناقصات والمزايدات المتعلقة بسلطة الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة.

والأوزان الواردة بجداول الفئات هي مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة أو النقص تبعا لطبيعة العملية، والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة والأثمان التي تسدد للمقاول تكون على أساس الكميات التي تنفذ فعلا، سواء كانت تلك الكميات أقل أو أكثر من الواردة بالمقايسة أو الرسومات، وسواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطأ في حساب المقايسة الابتدائية، أو عن تغييرات أدخلت في العمل..."[1]، وهو الأمر الذي يؤكد أن للإدارة الحق في التغيير والتعديل.

والاهتمام عينه، الذي أولاه المشرع الجزائري، بصدد الاعتراف للإدارة (المصلحة المتعاقدة) بممارسة هذه السلطة في أثناء تنفيذ عقودها. وقد نص المشرع في المادة (89) من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، على أن: "للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم"، واتبعها بالمادة (90) بقوله: "ويشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة. ويمكن أن تغطي الخدمات موضوع الملحق عمليات جديدة تدخل في موضوع الصفقة الإجمالي". وقد أشار في هذه المادة إلى مسألة مهمة من وجهة نظرنا - كما سيأتي توضيحها لاحقا- إذ وضع حد لاستخدام الإدارة لهذه السلطة، وذلك بقوله:"ومهما يكن من أمر لا يمكن أن يعدل الملحق موضوع الصفقة جوهريا".[2]

أما في المادة (91) من هذا المرسوم، فقد جاء فيها: "يخضع الملحق للشروط الاقتصادية الأساسية للصفقة. وفي حالة تعذر الأخذ بالأسعار التعاقدية المحددة للصفقة بالنسبة إلى العمليات

---

(1) المادة (82) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، مصدر سبق ذكره.

(2) في التعليق على هذه المواد الواردة في مرسوم الصفقات الجزائري، يراجع تمثيلا لا حصرا: محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص 74 - 75.

الجديدة الواردة في الملحق، يمكن أن تحدد أسعار جديدة عند الاقتضـاء". هـذا، ويلاحـظ أن المادتين (93،92) قد تعرضتا للشروط التي يفترض بالمصلحة التي أبرمت الصـفقة الالتـزام بها، عند قيامها بتعديل صفقتها، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن استقصاء سريعا لدفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على الأشغال العامة، يلاحظ أنه تضمن العديد من النصـوص التـي تعطـي الإدارة الحـق فـي التعـديل الانفرادي.[1] علما بأنه جاء في المرسوم المذكور أعلاه، وتحديدا في مضمون المادة (08) منـه أن للمصلحة المتعاقدة الحق دوريا في وضع الشروط التي توضح شـروطها لإبـرام وتنفيـذ

---

(1) لسنة 1964، مصدر سبق ذكره. وتمثيلا لذلك جاء في نص البند الرابع والخامس من المادة (12) منهـا ما يأتي: "على المقاول أن ينفذ بدقة أوامر المصلحة التي تبلغ إليه، كما يخضع للتغيرات المفروضـة عليـه خلال العمل عندما يأمر بتلك التغيرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر المصـلحة". كمـا تنص الفقرة (أ) من المادة (32) على أنه: "عندما يتبين أن التغيرات التي تأمر بهـا الإدارة أو تنـتج عـن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المقاول ، فتتناول أهمية أنواع الأشغال بشكل تختلف فيه المقادير بمـا يفوق 35% بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقديري، فيستطيع المقاول عندئذ أن يقدم عند انتهاء الحساب طلبا للتعويض مرتكزا على الضرر المسبب من جراء التعديلات الحاصلة..."؛ بصدد التعليق على هذه المواد، يراجع على سبيل المثال: يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، بحث مقدم للحصول علـى دبلـوم الدراسات العليا في القانون العام، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية (بـن عكنـون)، دورة أكتـوبر 1977، ص 67.

ـ من المفيد الإشارة بهذا الخصوص ـ كذلك ـ إلى أن تعليمة وزارة الداخلية والجماعات المحلية، بشـأن امتياز المرافق العمومية وتأجيرها ـ التي سبق ذكرها ـ تضمنت بوضوح ما يقرر سلطة التعـديل بصـدد عقود الالتزام. وقد جاء في الفقرة (ب) المتعلقة بحق تعديل النصوص التنظيمية الواردة في العقـد مـن دون توقف على إرادة الملتزم، من البند رقم (04) الخاص بآثار الامتياز، من الفرع (أولا): امتياز المرافق العامة ما يأتي: "هذا الحق مستمد هو الآخر من طبيعة المرفق العام، الذي يجب أن يتكيف مـع الظـروف دائمـا ليؤدي خدماته على أحسن وجه، وهذا المبدأ معمول به في كل الدول".

صفقاتها، ومنها ما يتعلق بطبيعة الحال بسلطتها ـ المصلحة المتعاقدة ـ وحقهـا فـي تعـديل صفقاتها التي تقدم عليها، وذلك من خلال دفاتر الشروط باختلافها، التي اعتبرها المشرع جزء لا يتجزأ من الصفقة عينها.

ولعله من المناسب الإشارة في هذا السياق، إلى أن العديد من دول العـالم، تـنص دفـاتر شروطها الإدارية العامة على حق الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة متى كـان ذلـك ضروريا، ليس في الدول التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج وحسب؛ وإنما في الدول الأخرى التي تأخذ بالنظام القضائي الموحد كالمملكة المتحدة وغيرها من الدول[1].

وقد حرص المشرع اليمني من جهته، على إعطاء الإدارة الحق في ممارسة امتيازها فـي تعديل عقودها بالإرادة المنفردة، وذلك في محتوى قانون المناقصـات والمزايـدات[2]؛ ومـن النصوص، المادة (23) التي جاء فيها: "تحدد اللائحة التنفيذية مبررات إلغاء المناقصة وتعـديل التعاقد والإضافات متى كان ذلك ضروريا لصالح الخزينة العامة، على ألا تكون الإضافات بأي حال أكثر من (10%) من قيمة العقد الأصلي في مقاولات التوريد والخدمات والنقل، و(20%) من قيمة العقد الأصلي في حالات مقاولات العمل ...". وكذلك المادة (49) التي أعطت الجهات المختصة الحق في تعديل قيمة الجزء المتبقي من العقود، شريطة ألا تزيـد أو تـنقص قيمـة

---

(1) فعلى سبيل المثال: جاء في نص المادة (53) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لسـنة 1988 العراقية بقولها: "يحدد المهندس المبلغ الذي يرى وجوب إضافته أو إنقاصـه مـن مبلـغ المقاولـة بخصوص زيادة أو نقصان عن أعمال نفذت أو أعمال حذفت بأمر المهندس..."؛ أوردها رياض عبد عيسـى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة"دراسة مقارنة"، مذكرته للماجستير، مرجع سابق، ص 179 ـ 187.

(2) مصدر سبق ذكره.

التعديلات عن (20%) من قيمة المقاولة[1].

وليس ذلك فحسب؛ وإنما جاءت اللائحة التنفيذية لهذا القانون مفصلة ومكملة، بالشكل الذي عكست إرادة المشرع، بإعطاء الإدارة الحق في تعديل عقودها الإدارية.[2]

ونود بهذا الصدد، الإشارة إلى أن المشرع قد كان موفقا - هو الآخر - عندما اعترف بالأصل العام، المتمثل بحق الإدارة في ممارسة سلطة التعديل من الأساس. وكذلك عندما اشترط، فيما (نسبا) معينة يفترض على الإدارة عدم تجاوزها في أثناء قيامها بالتعديل الانفرادي. وذلك مثلما جاء في المادة (100) من هذه اللائحة، من أنه: "يجوز للجهة تعديل التعاقد بالنقصان أو الإضافات متى كان ذلك للمصلحة العامة ويمثل احتياجا ضروريا للعمل على ألا تتجاوز الإضافات بأي حال ما نسبته (10%) من قيمة العقد الأصلي في التوريدات والخدمات والنقل، وما نسبته (20%) من قيمة العقد الأصلي في حالة مقاولات الأعمال...".

---

(1) وقد جاء نص المادة على النحو الآتي: "عندما تكون الحكومة هي المسئولة عن رفع أو خفض الأسعار للمواد أو الخدمات ذات العلاقة في مكونات عقود وزمن المقاولات يجوز للجان المختصة تعديل قيمة الجزء المتبقي من العقود من تاريخ الأثر شريطة ألا تزيد أو تنقص قيمة التعديلات عن (20%) من قيمة المقاولة وتحدد اللائحة التنفيذية الضوابط اللازمة لذلك".

(2) في مسألة مهمة في هذا الصدد، لاحظنا أن هذه اللائحة التنفيذية، قد تضمنت نصوصا في بعض الحالات، مما يفترض أن يأتي سياقها الطبيعي ضمن القانون عينه. والواقع أن هذه الملاحظة تصدق أيضا بالنسبة إلى اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري، حيث احتوت هي الأخرى على ما هو موجب وجوده ضمن التشريع العادي. وللأمانة العلمية، يذكر أن بعض الفقه قد تنبه إلى هذه المسألة وأولاها اهتماما كبيرا وأشار في معرض دراسته، إلى عدم تأييده للمسلك القاضي بتخويل الإدارة - وزير المالية في حالة اللائحة التنفيذية المصرية مثلا - بوضع أحكام جديدة ما لم يكن أصلا قد تم الإشارة لها في التشريع العادي (القانون)؛ ومنهم على سبيل المثال: سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 501.

الفرع الثاني

تعدد مظاهر التعديل الانفرادي كالجزاء الإداري

أوضحنا في السابق، أن السلطة الجزائية تتميز بخاصية تعدد الجزاءات التي يمكن للإدارة توقيعهما على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته معها، فثمة الجزاء المالي، وغير المالي (جزاءات الضغط والإكراه)، فضلا عن الجزاءات الفاسخة. وكذلك يلاحظ أن استعمال الإدارة لسلطتها بتعديل عقودها، لا يقتصر على صورة واحدة، بل تتعدد مظاهر هذه السلطة أيضا.

ونرى في هذا السياق، من الأهمية بمكان استعراض ودراسة مظاهر التعديل الانفرادي استكمالا لعناصر هذا الامتياز، وذلك فيما يأتي ذكره:

أولا: التعديل في مقدار التزامات المتعاقد

تستطيع الإدارة أن تعدل في مقدار التزامات المتعاقد معها، وذلك بزيادتها، أو بإنقاصها. والتعديل هنا يرد على مقدار الالتزامات وليس على نوعها، فتكون الزيادة أو الإنقاص المطلوب من طبيعة الالتزامات المزادة أو المنقوصة عينها. والتعديل في كميات العمل في أثناء تنفيذ المقاولات يبدو ضرورة لابد منها، نظرا لكون العمل يختلف في أثناء التنفيذ عما هو مرسوم في الخرائط والتصاميم، ذلك أن الكثير من التفاصيل تكون غير واضحة بالنسبة إلى الإدارة في أثناء وضع التصاميم وصياغة الوثائق، وهو الأمر الذي يتكشف عندما تطرأ تغيرات وتعديلات على كميات العمل عند البدء بالتنفيذ.

إضافة إلى ذلك، فإن التعديلات الطارئة على كميات العمل تبررها عوامل عديدة كأن يكون عدم التغيير أو الإضافة من شأنه أن يؤدي إلى وجود ضرر كبير بالعمل من الناحية الاقتصادية والفنية، أو إذا كان عدم التغيير أو الإضافة يؤدي إلى عدم إمكان الاستفادة من أعمال المقاولة

على الوجه المطلوب عند إنجازها. مما يعني أن الأسباب التي تدعو الإدارة إلى تعديل مقـادير العمل وكمياته عديدة منها ما يتعلق باختلاف الكميات الحقيقية عن تلك التي رسمت في جـدول الكميات. إذ يحدث في كثير من الأحيان اختلاف بين الكميات الحقيقة والضرورية لإكمال العمل طبقا لشروط المقاولة، وبين الكميات التي قد قدرت ورسمت فـي جـدول الكميـات الملحـق بالمقاولة. وذلك لأن تلك الجداول تخمن مقادير العمل بصورة مستقلة عن الممارسـة العمليـة فهي تخمينات قد لا تكون دقيقة في معظم الأحيان. لذلك يلاحظ أن الإدارة كثيرا ما تلجـأ إلـى حماية نفسها عن طريق النص في دفاتر الشروط على اعتبار الكميات المدونـة فـي جـداول الكميات هي كميات تقديرية للعمل ولا تعتبر الكميات الحقيقية والصحيحة للأعمـال الواجـب تنفيذها من المقاول لغرض الوفاء بالتزاماته بموجب المقاولة.

وجدير بالذكر، أن المشرع المقارن كافة، قد نظم حق الإدارة في تعـديل الكميـات سـواء بالزيادة أو النقصان، ولم يرد الاختلاف في هذا الصدد، إلا من حيث مقـدار وحـدود النسـب المسموح للإدارة إعمالها بالزيادة أو النقصان.(1)

ويذكر، أن هذا الحق ثابت للإدارة في جميع أنواع العقد الإداري؛ ففي عقد الالتزام قضـى مجلس الدولة الفرنسي بأن للإدارة الحق في أن تفرض على ملتزم النقل تسيير عدد من العربات أكبر من الحد الأقصى المتفق عليه. وأن لها أن تفرض على الشـركات الملتزمـة بالإضـاءة بالكهرباء أو بتوزيع المياه زيادة الخدمات لمواجهة الزيادة في عدد السكان. وفي عقد التوريـد قضى مجلس الدولة بأنه يجوز للإدارة أن تطلب من الموردين زيادة مقدار التوريدات المتفـق

---

(1) يرجى مراجعة المواد والنصوص القانونية للدول المقارنة، التي تعمدنا ذكرها بالنص سلفا، لهذا الغرض.

عليها أو إنقاصها[1]، وكذلك هي الحال بالنسبة إلى قضاء مجلس الدولة المصري.[2]

ثانيا: التعديل في طرق ووسائل التنفيذ المتفق عليها

إذا كان للإدارة الحق في أن تعدل بإرادتها المنفردة في مقدار التزامات المتعاقد معها سواء بزيادة الكميات أو إنقاصها، فإن لها الحق - أيضا- في أن تعدل من طرق ووسائل التنفيذ. وهذا الحق بصورته هذه، إنما قصد منه إصلاح الأخطاء التي قد تكون ضرورية في أثناء تنفيذ العقود الإدارية. بهدف مواجهة ومسايرة الوسائل الحديثة - من اختراعات وسواها - التي تقتضي استعمال وسائل وطرق فنية جديدة وحديثة، أكثر تقدما من تلك التي قد تم النص عليها في العقد أو دفتر الشروط.

ومن تطبيقات ذلك، في عقد الالتزام، يمكن للإدارة أن تطلب من المتعاقد - مثلا- استعمال وسائل فنية جديدة، بشرط إلا يؤدي ذلك إلى تجاوز الإمكانيات الفنية والمالية له، أو قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب. ومثال ذلك استبدال الإضاءة بالكهرباء محل الإضاءة بالغاز أو استخدام الأتوبيس بدلا من الترام، أو أن تطلب من ملتزم عقد النقل استخدام السيارات غير المضرة بالبيئة (المستخدمة بالغاز) بدلا من السيارات العادية، وهكذا.[3]

---

(1) ينظر حكم المجلس بصدد حق الإدارة بزيادة الخدمات في عقد الالتزام:

- C.E. 26 Mai 1930, Viette , Rec .p. 564.

وفيما يتعلق بحق الإدارة في طلب زيادة التوريدات:

- C.E. 14 Novembre 1902, Olmer et Hesber, Rec. p. 664.

(2) من أحكام المجلس التي قضى بها على حق الإدارة في تعديل مقدار التزاماته المتعاقد معها، على سبيل المثال لا الحصر: حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1956/12/16، المجموعة، السنة 11؛ وحكمها الصادر في 1961/06/04، المجموعة، السنة 15، بند رقم 182، ص 250.

(3) حكما محكمة القضاء الإداري المصرية، في 1957/01/27، وفي 1957/03/24، سبق الإشارة إليهما.

وفي عقد الأشغال العامة تستطيع الإدارة أن تقوم بتعديل المشروعات الأصلية بشرط عـدم تغيير موضوع العقد.وهو ما أقر به مجلس الدولة الفرنسي في قضية بارني(Barnay)بقوله: "إن من حق الإدارة أن تأمر بإحلال كوبري بخمسة قناطر محل كوبري بقنطرة واحدة، أو بـإجراء تعديلات على أنواع المواد المستعملة وعلى أماكن استخراجها، كما تستطيع الإدارة أن تفـرض تعديلات على أماكن العمل"[1].

أما فيما يتعلق بعقد التوريد، فإن الأمر يختلف بعض الشيء. ذلك أن التعديل فـي طـرق ووسائل تنفيذ العقد الإداري يبدو أقل إعمالا، مما هو في عقود الالتزام والأشغال العامة، لاسيما في عقود التوريد العادية. بينما في عقود التوريد ذات الحجم الكبير، كعقود التوريد الصـناعية كتوريد الأسلحة مثلا، فإن مجلس الدولة الفرنسي قضى بحق الإدارة في تعديل وسائل وطـرق تنفيذ هذه العقود.[2]

ثالثا: التعديل في مدة تنفيذ العقد

من المسلم به - كذلك - أن حق الإدارة في التعديل الانفرادي يمتد ليشـمل مـدة التنفيـذ المنصوص عليها في العقد أو دفتر الشروط. وذلك سواء بتقصيرها، أو تمديدها متى اقتضـى الصالح العام ذلك. فتستطيع الإدارة أن تطلب من المورد أو المقاول أن يتم التوريد أو أن تـتم الأشغال، في مدة أقصر من المدة المتفق عليها، كما تستطيع الإدارة أن تطلب وقف الأعمال أو

---

(1) C.E. 20 Juillet 1877, Barnay, Rec. p. 728.

(2) لمعرفة تعليقات الفقه على أحكام مجلس الدولة هذه، يرجى مراجعة: أحمد عثمان عياد، مظاهر السـلطة العامة في العقود الإدارية، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 227.

تأجيلها أو تأخير تنفيذها عن المدد المتفق عليها، ويكون ذلـك عنـدما تسـلتزمها الظـروف ومصلحة المرفق العام، كوجود حالة حرب، أو عدم كفاية اعتمادات الميزانيـة مـثلا[1]، أو إذا رأت أن حاجات الجماعة تستوجب إنجاز المشاريع بأقصر مدة ممكنة، فعندئذ تطلب من المقاول إنقاص مدة التنفيذ بما يتفق ذلك مع حاجات الجمهور، كما لو حصلت أزمة في إحـدى المـواد الاستهلاكية، وكان هنالك مشروع لإنتاج تلك المادة تحت الإنشاء وقد حددت له فتـرة ثـلاث سنوات لغرض إنجازه من قبل المقاول، ففي هذه الحالة وبسبب حاجة الجمهور لهذه المادة يمكن للإدارة تقصير مدة التنفيذ إلى الحد المعقول.[2]

---

(1) ينظر في أحكام مجلس الدولة الفرنسي بهذا المعنى:

- C.E 02 Mars 1951, Ville de Poissy, Rec. p.812.

(2) طلبت إدارة محافظة (عدن) اليمنية من المقاول المتعاقد معها، بشأن إنجاز طرق معينـة تـربط مـدن المحافظة بعضها ببعض، أن يسرع من إنجاز العقد المبرم معه بسبب تقرير الحكومة إقامة احتفالات وطنيـة بالمحافظة، وهو الأمر الذي أدى إلى سرعة إنجاز العقد قبل ميعاده المتفق عليه في العقد؛ صـحيفة(الأيـام) الصادرة يوم الاثنين الموافق 2002/12/02، العدد 3656، السنة 21، ص 01.

المطلب الثاني

علاقة الجزاء الإداري بالتعديل الانفرادي

تمهيد وتقسيم:

بات جليا، أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد الذي يخل بتنفيذ التزاماته القانونية، أحد أهم الامتيازات السلطوية المقررة للإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري. وأن هذا الامتياز مقرر وثابت في المبادئ الأساس التي تحكم وتنظم العقود الإدارية، قضاء وفقها وتشريعا في الدول المقارنة.

والواقع أنه من غير المتصور استكمال دراسة هذه المبادئ، من دون التوقف عند دائرة العلاقة التي تشترك بها هذه السلطة، وسلطة تعديل عقودها بالإرادة المنفردة، طالما وأن الأخيرة واحدة من السلطات المقررة أيضا للإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري، كما أوضحنا ذلك في المطلب السابق.

هذا، ولما كان في تصورنا أن الأساس القانوني لامتياز التعديل الانفرادي، وأحد من الأوجه التي تقوم العلاقة به مع السلطة الجزائية، فضلا عن علاقة التداخل القائمة بينهما، وتأثر كل منهما بالآخر.

فإننا آثرنا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتحقق في الأول: عن مدى صحة تلاقيهما، في الأساس القانوني الذي يستندان عليه، بينما نترك الثاني: لاستخلاص ما تبقى من أوجه العلاقة القائمة بينهما، وذلك من خلال الآتي:

الفرع الأول: الأساس القانوني للتعديل الانفرادي واقترانه بأساس الجزاء

الفرع الثاني: تلاقي وتباعد امتياز توقيع الجزاء بالتعديل الانفرادي



الفرع الأول

الأساس القانوني للتعديل الانفرادي واقترانه بأساس الجزاء

لئن كانت سلطة الإدارة بتعديل عقودها بالإرادة المنفردة، من الخصائص المميـزة للعقـد الإداري، وكانت سلطتها الجزائية - هي الأخرى - من الامتيازات التي لا نظير لها في عقود القانون الخاص، تمارسها الإدارة حتى عند عدم وجود نص تعاقدي يقضي بذلك. فإن المبـادئ العامة التي تنظمها لابد أنها تنبع من الأساس القانوني عينه الذي تقوم عليه السلطة الجزائية.

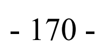
لذلك فالمتصور، أن سلطة التعديل هي الأخرى، تستطيع الإدارة ممارستها فـي الحـالات كافة، مشمول بذلك حالة سكوت العقد أو دفتر الشروط عن الإشارة إليها، علما بـأن المبـادئ والأحكام التي يأخذ بها المشرع المقارن، لم تنف عنها هذه الخاصية.

ومع ذلك، فإن الأمر لا يخلو من بعض التوضيح، الذي باستعراضه سنتمكن مـن إبـراز علاقة سلطة الجزاء بهذه السلطة، لاسيما أن لكلا السلطتين بعض الخصوصية التي تتميز بهـا عن الأخرى في هذا الصدد.

أولا: حق الإدارة بالتعديل الانفرادي

من المسلم به، أن للإدارة استعمال امتيازها بالتعديل الانفرادي، لتغطية الحاجة التي تنشـأ جراء تغير الظروف الملازمة لسير المرفق العام، وذلك حتى عندما لا يرد نص في العقـد أو دفتر الشروط يشير إلى هذا الحق.

غير أن الجدل الذي أثير في محيط الفقه، يستدعي التوقف عنده؛ لاسـتخلاص أهـم تلـك المبررات التي أكدت قيام هذا الحق، علما بأن هناك من أنكر وجود هذا الامتياز من الأسـاس. وعلى أية حال، نتناول الموضوع برمته، فيما يأتي بيانه:



1 ـ **الآراء المنكرة للتعديل الانفرادي**:

مع أن الجانب الأكبر من الفقه الحديث قد أكد وجود سلطة الإدارة فـي تعـديل عقودهـا الإدارية بإرادتها المنفردة، إلا أن بعض الفقه التقليدي (النظرية القديمة) لم يعترف بوجود هـذه السلطة، كما سايره في ذلك بعض الفقهاء المحدثين[1]. ومن أبرز أنصار هذا الرأي في الفقـه الحديث، هو (لولييه) و(فرنسيس بنوا) و(جان ديفو)، إلا أن نظرية (لولييه) تعد الأبرز والأكثر ظهورا في محيط الفقه. وإزاء ذلك، من الأهمية بمكان دراستها بقدر من التفصيل.

يرى لولييه(L'Huillier)[2] أن سلطة التعديل الانفرادي المقـررة لـلإدارة فـي عقودهـا الإدارية ترتكز على فكرة زائفة ابتدعها الفقهاء. وأنها لم تؤيد بأحكـام مـن مجلـس الدولـة الفرنسي. إذ إن الأحكام التي قررت وجود هذه السلطة كحل لحالة خاصة، يمكن تفسيرها مـن دون الحاجة إلى القول بإن العقود الإدارية تخرج عن تلك القاعدة الأساس، التي بمقتضاها تقوم الاتفاقات المبرمة على وجه قانوني مقام القانون بالنسبة لمن عقدوها، كما أنـه توجـد أحكـام متعددة تنكر صراحة على الإدارة التي تعاقدت، سلطة التعديل الانفرادي المزعزمة. وقد استند لولييه(L'Huillier) لتأييد رأيه إلى ثلاث أحكام صادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، وهي حكمه

---

(1) في تفاصيل النظرية القديمة يراجع على سبيل المثال: ثروت بدوي، مذكرات في العقود الإدارية، ملخص المحاضرات التي ألقيت على طلبة الدكتوراه للسنة الأولى بمعهد العلوم الإدارية،1957 ـ 1958، ص 02 وما بعدها. وكذا علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجـع سـابق، ص 66 وما بعدها. يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، بحثه لدبلوم الدراسات العليا، مرجع سابق ، ص 60 ـ 61.

(2) يراجع في تفاصيل نظريته:

ـ L'Huillier(J.), Les contrats administratifs tiennent- ils lieu de loi à l'administration? D. 1953, Chronique, p.87 et suivants.

في قضية قرية (فيزينيه) الصادر في 1936/05/23، وحكمه في قضـية مستشـفى (شـوني) الصادر في 1941/07/11 وحكمه في قضية مدينة (ليموج) الصادر في 1946/01/19. وهكذا فإن رأي لولييه(L'Huillier) في إنكار سلطة التعديل الانفرادي يقوم في الأساس على حجتين:

(أ) إن الحكم الرئيس الذي استند إليه مؤيدو فكرة التعديل الانفـرادي وهـو الحكـم فـي قضية مدينة (مرسيليا) لا يؤيد هذه الفكرة؛ إذ يمكن تفسيره من دون حاجة إلى القـول بسـلطة التعديل الانفرادي. فقد قرر هذا الحكم أن مدير مقاطعة (الرون) يجوز له قانونا أن يفرض على الشركة الملتزمة بترام مدينة (مرسيليا) جدول مواعيد يتضمن عدد دورات أكبر من المنصوص عليه بدفتر الشروط، أي أداء خدمات أكثر من المنصوص عليها. وهو يلاحظ أن حكم مجلـس الدولة لم يبرر هذا الحل بوجود سلطة عامة للإدارة مانحة الالتزام في تعـديل شـروط العقـد المتصلة بالمرفق العام تعديلا انفراديا؛ بل إنه قد اسـتند إلـى نـص صـريح فـي مرسـوم 1881/08/06 الخاص بالسكك الحديدية، الذي يخول المديرين سلطة تحديـد جـدول مواعيـد القطارات. وأن مجلس الدولة قد فسر هذا النص على أساس أنه يعطي المديرين، ليس سـلطة تحديد مواعيد سير القطارات فقط؛ بل - أيضا - فرض التعديلات الإضافية الضرورية لتأمين سير المرفق.

ويلاحظ لولييه(L'Huillier) كذلك، أن مفوض الحكومة بلوم(Blum) نفسه لم يقر وجـود سلطة عامة للإدارة، بل سلطة لائحية تصدر عن القانون، ولا يجوز إعمالها إلا في حدوده .

(ب) إن هناك أحكاما صدرت عن مجلس الدولة تنكر بوضوح سلطة الإدارة فـي التعـديل الانفرادي، ومنها حكمه في قضية مستشفى(شوني) المتعلق بصفقة عهـدتها الإدارة إلـى أحـد المهندسين بوضع الرسوم والتصميمات الخاصة بإعادة بناء مستشفى (شوني)، وبتوجيه أعمـال

البناء.[1] وقد رأى لولييه(L'Huillier) أن ما جاء في هذا الحكم يتناقض مع حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة. وكذلك الأمر بالنسبة إلى الحكم في قضية مدينة (ليموج) حيث إنه يسير في الاتجاه عينه، الذي ينكر سلطة التعديل الانفرادي للإدارة[2].

وعلى العموم، خاص لولييه(L'Huillier) إلى أن الإدارة لا تملك إلا السلطات المخولة لها بموجب النصوص الصريحة، وأن هذه النصوص كثيرا ما توجد في دفاتر الشروط، ومع كثرة تكرارها افترض القضاء وجودها، وهذه الحلول القضائية ليست إلا تطبيقا للمادة (1135) من القانون المدني الفرنسي التي تطبق على عقود القانون الخاص، التي تقضي بأن الاتفاقات

---

(1) وقد جاء في مضمون الحكم تباعا: وكون المهندس المتعاقد معه قد اضطر في أثناء التنفيذ إلى الإقامة في مدينة أخرى، فقد اختار مهندس آخر ليشاركه في إنجاز هذا العمل، فعرض على الإدارة فوافقت مع اشتراطها ضرورة توزيع الأجر المتفق عليه في الصفقة بينهما. فرفض المتعاقد هذا الشرط. وعند عرض النزاع على مجلس الدولة قضى بأنه لا يجوز للإدارة أن تعدل منفردة شروط هذه الوكالة المسموح بها للمتعاقد. وحكم مجلس الدولة بإلزام إدارة المستشفى بدفع جميع الأتعاب للمهندس المتعاقد، وعليه فإن مجلس الدولة بذلك قد حرم الإدارة من حق إدخال أية تعديلات على شروط العقد. وكذلك حكم قرية (فيزينيه) الذي صدر بخصوص نزاع حول ملحق عقد ابرم في فبراير سنة 1923 بين هذه القرية والشركة الملتزمة بتوزيع الغاز في القرية وتضمن فيما يتعلق بالتعريفة شرطا بموجبه تتم المحاسبة على سعر الغاز المورد للأفراد وفقا لنصوص هذا الملحق اعتبارا من آخر ديسمبر التالي لإبرامه. وعند حلول هذا التاريخ طلبت الإدارة تطبيق أسعار أقل قليلا مما توصل إليه الحساب. وبعد عرض النزاع على مجلس الدولة، قرر الأخير أن عناصر التعريفة التي يتضمنها العقد والمدرجة في ملحق سنة 1923 يمكن أن تحسب دون تدخل المدينة، ثم أعلن أن هذه المدينة لها من دون شك السلطة في حالة مإذا اعترض المنتفعون على طريقة الحساب في أن تتدخل في علاقتهم مع الملتزم لتأكيد احترام نصوص العقد، وليس بغرض فرض تعريفة جديدة لا تتفق مع بنود العقد.

ينظر: لولييه(L'Huillier)، هل تقوم العقود الإدارية مقام القانون بالنسبة للإدارة، مقاله، مرجع سابق ص 87 وما بعدها.

(2) لمزيد من المعرفة، يرجى مراجعة: أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 201 وما بعدها. وكذلك عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، مرجع سابق ص 140.

لاتقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيها، بل "تشمل أيضا ما هو من مستلزماتها وفقا للعرف والعدالة والقانون، حسب طبيعة الالتزام. وأن ذلك يترجم في القـانون الإداري إلـى العـادات الإدارية أو العرف الإداري pratique administrative، فإذا العرف المتبع بواسطة الإدارات العامة أن تدرج عادة في طائفة معينة من العقود نصوص تحفظ للإدارة المتعاقدة سلطة إنهـاء العقد، أو تعديل نطاق الالتزامات المشترطة لصالحها بقرار انفرادي، فهذه النصوص يجـب أن تفرض وجودها في العقد عندما تغفل الإدارة النص عليها"[1].

وجديرا بالملاحظة، أنه من القلة القليلة النادرة في الفقه المصري، ذهب(مصـطفى كمـال وصفي) إلى تأييد نظرية لوليبه(L'Huillier) التي تنكر على الإدارة هذا الحق فـي التعـديل الانفرادي.

بل ذهب إلى حد إنكار الطبيعة التعاقدية على غالبية العقود الإدارية، واعتبرها "من الأعمال المنظمة Actes règles أو الشرطية Actes conditions. فعقد الالتزام هو نظام تنتفي عنه صفة العقد من كل ناحية. وعقد الأشغال العامة - أيضا - في الجانب التنظيمي وهمـا بهـذه الصفة يجوز تعديلهما بما لا يمس الحقوق المالية. أما عقود التوريد فهـي أعمـال ذاتيـة أي العقود، وهي باعتبارها كذلك، لا يكون للإدارة الحق في تعديلها"[2].

---

(1) جورج فيديل وبيار دولفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 344 - 345.

- في هذا المعنى: دي لوبادير (De laubadère)، "سلطة الإدارة في أن تفرض من جانب واحد تعـديلات على شروط العقد"، مقال منشور باللغة العربية في **مجلة إدارة قضايا الحكومة المصرية**، السنة 01، العـدد 04، 1957، ص 150 وما بعدها.

(2) مصطفى كمال وصفي، "سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة"، مقال منشـور في **مجلة العلوم الإدارية**، السنة 13، العدد 01، 1971، ص 143 وما بعدها.

2 ـ الآراء المؤيدة للتعديل الانفرادي:

يلاحظ أن الغالبية العظمى من فقهاء القانون العام ما تلبث أن تؤكد ـ وهو الرأي الأكثـر تعمقا في الفقه ـ أنه إذا تضمن العقد نصا يجيز للإدارة الحق في تعديل شروط العقد، فإن هذا النص لايقرر للإدارة حقا، وإنما يعد نصا كاشفا لامنشئا لهذا الحق، ذلك أن الحق فـي تعـديل العقد يوجد مستقلا عن النص الوارد بخصوصه؛ بل إن هذا الحق ثابت للإدارة حتى في حالـة خلو العقد أو دفترالشروط عن هذا النص،أو حتى إذا خلت القوانين واللوائح من الإشارة إليه.[1]

ويضيفون، بأن حق الإدارة بزيادة أو إنقاص الالتزامات الواجب على المتعاقد أداؤها، مبدأ عام يسري على جميع العقود الإدارية بلا استثناء، وذلك تأسيسا على وجود هذه السلطة بقـوة القانون، دونما حاجة إلى النص عليها.

وفي هذا المضمار، يشير هوريو(Hauriou)، في أثناء تعليقه على أحد الأحكام الصـادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، وتحديدا الحكم المتعلق بقضية مدينة (تولون) بأن كل عملية إدارية تعتبر احتمالية، بمعنى أنه يمكن خلال تنفيذها وقفها أو تأخيرها أو التعديل فيها لأسباب تتعلـق بالمصلحة العامة. ويترتب على ذلك أن كل اتفاق يتعلق بعملية إدارية يكون عقدا احتماليا. كما يلاحظ بونار (Bonnard) وهو بصدد تحليل عقود مقاولات الأشغال العامة، أنها ـ الأخيرة ـ شأنها شأن جميع العقود الإدارية، لا يطبق مبدأ قدسية الاتفاقات التعاقدية تطبيقـا دقيقـا؛ إذ إن من المقرر أنه يجوز في أي وقـت أن تفـرض الإدارة بإرادتهـا المنفـردة تعـديلات فـي

(1) أشرنا سلفا إلى أن جانب من فقه القانون الخاص، يؤكد حق الإدارة بالتعديل الانفرادي على هذا النحـو المشار إليه أعلاه؛ ومنهم: عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مرجـع سـابق ص 548 وما بعدها.

شروط المقاولة [1].

ومن الآراء المهمة أيضا، يقول دي لوبادير(De laubadère): "إن الإدارة تستطيع إنهاء العقد الإداري إنهاء مبتسرا، إذا أصبح غير مفيد للمرفق. كما تستطيع أيضا[الإدارة] في أوضاع وشروط معينة، أن تفرض على المتعاقد معها، أعباء جديدة لم ينص عليها، ولكنها أصبحت ضرورية لإشباع الحاجات العامة"[2]. ومن جهته يشير فلام(Flamme) إلى: "أن حق الإدارة في أن تعدل شروط العقد من دون حاجة لرضا الطرف الآخر هو حق أصيل لها مستمد من صفتها كسلطة عامة لا يمكنها النزول عنه وليس بحاجة إلى النص صراحة في العقد"[3].

واستكمالا للموضوع، لوحظ أن غالبية الفقه في الدول المقارنة الأخرى، تذهب لتأييد قيام هذه السلطة على نحو غير بعيد عما قال عنه الفقه في فرنسا. ففي مصر يقول (ثروت

---

(1) كما رأى الأستاذ بيكينو(Pequignot)، أنه ليست هناك حقوق مكتسبة يمكن أن تحول بين الإدارة وبين تعديل المرفق العام بقصد الوصول إلى أداء أحسن أو إلى تطوير المرفق ليساير أهدافه، ومن ثم يكون للإدارة الحق في التعديل الانفرادي لشروط العقد المتعلق بالمرفق العام، وأن هذه هي فكرة مرونة العقد الإداري التي تقف في مواجهة المبدأ الأساس السائد في القانون الخاص، وهو مبدأ الثبات والقوة الملزمة للعقد. يراجع بصدد هذه الآراء: دي لوبادير(De laubadère)، سلطة الإدارة في أن تفرض من جانب واحد تعديلات على شروط العقد، مقاله باللغة العربية، مرجع سابق، ص 151 وما بعدها. وكذا ثروت بدوي مذكرات في العقود الإدارية، ملخص محاضرات مطبوعة، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها. وكذلك علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سابق، ص 115 وما بعدها. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، مذكرته للماجستير، مرجع سابق،ص176.

(2) سلطة الإدارة في أن تفرض من جانب واحد تعديلات على شروط العقد، المرجع عينه، المذكور أعلاه ص 152.

(3) تقريره الذي تقدم به إلى المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية عن "عقود الأشغال العامة"، المنشور باللغة العربية في **مجلة العلوم الإدارية**، عدد يونيو، سنة 1959، ص 253؛ يراجع بهذا الشان أيضا مؤلفه:

- Flamme (Maurice André), Traité théorique et pratique des marchés publics, Tome 02, Bruxelles, Bruylant, 1969, pp.178 - 179.

بدوي):" إن الإدارة بمقتضى حقها في اتخاذ القرارات ذات الطابع التنفيذي وبمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر تستطيع أن تفرض على المتعاقد التعديلات التي يقتضيها الصالح العام وتجعل التعديلات نافذة من تلقاء نفسها رغما عن المتعاقد، أي تلزم المتعاقد بها ولو كرها"[(1)].

كما يشير (محمد فؤاد مهنا) بهذا الصدد، بقوله: "إن حق الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة مسلم به بصفة عامة من جانب الفقه والقضاء سواء في فرنسا، أو في مصر وأنه حق مقرر للإدارة كمبدأ عام بالنسبة إلى العقود الإدارية"[(2)]. أما (سليمان الطماوي) فيحسم الموقف، بقوله: "إنه مهما كان الخلاف حول سلطة التعديل في فرنسا، فإن هذا الحق فوق كل شك في مصر"[(3)].

ويؤكد بدوره(أحمد محيو) الذي يعتبر منظما إلى رأي الأغلبية، بقوله: "إنه من الصعب إنكار وجود سلطة التعديل بصفة انفرادية لصالح الإدارة". وأن "السلطات التي اعترف بها القاضي للإدارة غير مألوفة في القانون الخاص لأنها تؤدي إلى نتائج لا تقبل في إطار القانون الخاص الذي يجعل من العقد شريعة المتعاقدين"[(4)].

أما في اليمن، فيؤكد (أحمد شرف الدين) وهو في معرض استعراضه لعلاقة السلطة الجزائية بهذه السلطة، بقوله: "تستطيع الإدارة أن تعدل عقودها بزيادة أو إنقاص الكميات الموردة بنسبة معينة في عقد التوريد، أو إلغاء أجزاء أو حجرات معينة في المباني بالنسبة إلى

---

(1) القانون الإداري، مرجع سابق، ص 136.

(2) القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، مرجع سابق، ص 1218.

(3) الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 460.

(4) محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص 250.

عقود الأشغال العامة"[1]، وهو الأمر الذي يعني حق الإدارة في استخدام سلطتها في تعديل العقود كلما كانت هناك مصلحة لمرافقها العامة.

وجهد ما يمكننا قوله بهذا الخصوص، إن سلطة التعديل الانفرادي ثابتة للإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية بجانب سلطتها الجزائية وكذلك الرقابية. أما بالنسبة لآراء لولييه(L'Huillier) ومن يدور في فلكها، فنرى أنها تتناقض مع نفسها، وذلك حينما تقرر أن تعديل الإدارة بإرادتها المنفردة جائز في حالة النص عليها في العقد أو دفتر الشروط، وأنه في هذه الحالة تكون تطبيقا لقواعد القانون المدني. إذ من المؤكد أن طبيعة عقود القانون الخاص تأبى مثل هذا الشرط في أكثر الحالات شيوعا. وعليه فإن شرط التعديل الانفرادي لايكون مستساغا ومشروعا، إلا في العقد الإداري، نظرا للطبيعة الذاتية التي يتمتع بها هذا الأخير. ثم إن إقرار لولييه(L'Huillier) بصحة هذا الشرط في حالة النص في العقد الإداري، هو اعتراف منه بالاختلافات الجوهرية بين هذا العقد وعقود القانون الخاص، الذي ينظمها نظاما قانونيا مختلفا. أما بالنسبة لعدم إقرار مجلس الدولة الفرنسي بالتعديل الانفرادي، فهو قول خاطئ، وقد فنده الفقه المؤيد تفنيدا دقيقا[2] وقد لاحظنا أن القضاء في الدول المقارنة قد اتخذ المسلك عينه الذي سلكه القضاء الإداري الفرنسي.[3]

---

(1) الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 221 ـ 224.

(2) يرجى مراجعة المؤلفات التي سبق ذكرها في هذا الصدد. حيث تناولت بالتعليق على العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي، وقد أشارت إلى أن لولييه (L'Huillier) فسرأحكام المجلس على نحو خاطئ تماما.

(3) تمثيلا لا حصرا، جاء في الحكمين الحديثين للمحكمة الإدارية العليا المصرية: الحكم الصادر في جلسة 1998/11/24، الطعن رقم 1001 لسنة 42 ق؛ وحكمها الصادر في 1992/11/15، الطعن رقم 3986 لسنة 35 ق، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 35، ما يأتي: "حق الإدارة في التعديل مقرر بغير حاجة إلى

ثانيا: الاعتبارات والمبررات القانونية للتعديل الانفرادي

ذكرنا سلفا، أن غالبية فقه القانون العام في الدول المقارنة، تقف وقفة رجل واحد، جنبا إلى جنب مسلك القضاء الإداري، في تأكيد حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة وذلك حتى ولو لم يوجد نص تشريعي أو تعاقدي واضح، وذلك كما هو الوضع بالنسـبة إلـى السلطة الجزائية.

وهذا القول في نظرنا، هو المهم من الناحية الواقعية والعملية، نظرا للمترتبـات القانونيـة الناتجة عن تقرير هذا المبدأ العام، وذلك بصرف النظر عن الانقسام الذي أصاب هذا الإجمـاع بشأن الاعتبارات والأفكار التي قيلت بهذا الصدد، فنتائج الانقسام في هذه الحالة، بكل تأكيد هي أقل أهمية، مما ستكون عليه فيما لو تم ـ الانقسام ـ في الحالة الأولى.

ومع ذلك، لا ضير استكمالا للموضوع، الإشارة إلى أن ثمة مـن يعتبـر فكـرة السـلطة العامة ـ كما هي الحال في السلطة الجزائية ـ الأساس القانوني الصالح لسـلطة الإدارة فـي تعديل جميع عقودها الإدارية بالإرادة المنفردة؛ أي أن الإدارة لا تستخدم امتيازا تعاقديا، وإنمـا تستعمل حقا مقررا لها باعتبارها سلطة إدارية، ويضيفون بأن هذا السلطة سـلطة أصـيلة، لا يمكن تقييدها مطلقا، لكونها من النظام العام[1].

= نص وإلى موافقة الطرف الآخر عليه، كما أنه لا يجوز للإدارة نفسها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بكيان المرافق العامة".

(1) يشير (محمد كامل ليلة) تدعيما لهذا الرأي: "إن سلطة التعديل الانفرادي تقوم على عنصـرين عنصـر سلبي وهو تغليب الصالح العام على المصلحة الخاصة للمتعاقد، وعنصر ايجابي هو فكرة السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة، ويسلم بها القضاء في أحكامه العديدة ... وحق الإدارة في تعديل عقودها ينبعث عن فكرة السلطة العامة"؛ مؤلفه (نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري)، مرجع سابق، ص 115

وبينما رأى جانب آخر من الفقه، أن الأساس القانوني لسلطة التعديل الانفـرادي، لايقـوم خارج نطاق الرابطة التعاقدية، ولكنه امتيازا تعاقديا.(1)

ظل جانب كبير منه، متمسكا بفكرة أن مقتضيات المرفق العام، فكرة صالحة للأساس الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي.(2)

رأينا:

لئن كانت سلطة التعديل الانفرادي حقيقة واقعة في هذا المضمار، فإنها لايمكن أن تقوم من ناحية المنطق السليم، إلا على أساس مقتضيات المرفق العام، والتغيرات التـي تطـرأ عليـه. فالإدارة يجب ألا تتقيد بعقود غير ذات فائدة أو بنصوص تعاقدية لم تعد تتفق مع حاجات هـذا المرفق وليس غيره.

= وما بعدها. يراجع في تفاصيل المبررات التي ساقها المؤيدين لهذا الرأي: أحمد عثمـان عيـاد، مظـاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسـالته للـدكتوراه، مرجـع سـابق، ص 216 ومـا بعـدها. وكـذا فلام(Flamme)، تقريره المقدم إلى المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية عـن عقـود الأشـغال العامـة المنشور باللغة العربية، مرجع سابق، ص 253.

(1) يراجع في تفاصيل ذلك: على الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجـع سابق، ص 53.

(2) يعد (سليمان الطماوي) من أبرز المدافعين عن فكرة المرفق العام في العـالم العربـي، ويقـول بهـذا الشأن:"إن سلطة الإدارة في التعديل إنما مناطها احتياجات المرافق العامة، فهي ليست مجرد مظهر للسـلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التي يرجع إليها معظم قواعد القانون الإداري"؛ مؤلفه (الأسس العامة في العقود الإدارية) مرجع سابق، ص 464. وغير بعيد عن هذا مـا أشـار إليه (عمار عوابدي) بالقول: " وأساس هذه السلطة أو هذا الحق الذي تتمتع به السلطة الإدارية في حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد وتبدل"؛ مؤلفه (القانون الإداري) الجـزء الثـاني، النشـاط الإداري، مرجـع سابق، ص 218.

مما يعني، أننا نميل إلى ترجيح كفة من يعتبر أن أساس سلطة التعديل بـالإرادة المنفـردة تبرره مقتضيات فكرة المرفق العام بمعناها الواسع، المتضمن للمفاهيم الحديثـة، التـي تأخـذ بالحسبان، كل ما علق بهذه الفكرة، ارتباطا بالمستجدات والمتغيرات التي طرأت على مـدلول المرفق العام عينه، واتساع مفهومه ليشمل كل ما من شأنه تحقيق المنفعة العامة، مع عدم إهمال ما تقدمه فكرة السلطة العامة، من دلالات من شأنها إبراز الطابع السلطوي للإدارة فـي أثنـاء ممارسة سلطتها في التعديل الانفرادي، الذي يميز عقودها الإدارية، عن عقود القانون الخاص.

وهكذا يستقر لدينا، أن الإدارة عندما تمارس هذه السلطة، إنما تمارسها بقوة القانون، استنادا إلى الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، التي تبررها مقتضيات المرفق العام القابلـة دائمـا للتغييـر والتبدل، وذلك حتى في حالة سكوت العقد أو دفتر الشروط على النص صراحة عليها، شـأنها في ذلك شأن سلطتها الجزائية، بالتفصيل الذي سبق لنا بيانه، ولا حاجة للتكرار.



الفرع الثاني

تلاقي وتباعد سلطتي الإدارة في توقيع الجزاء والتعديل الانفرادي

تتلاقى سلطة الإدارة في تطبيق الجزاء على المتعاقد المقصر معها، مع سلطتها في التعديل الانفرادي في أثناء تنفيذ العقد الإداري، في العديد من الأوجه. فلا تقف هذه العلاقة بينهما عند مبررات وجودهما، والمبدأ العام القاضي بممارستهما في الأحوال كافة، وتشابههما من حيث خاصية تعدد مظاهرهما وأنواعهما، كما تطرقنا لذلك سلفا.

بل إن مجال تلاقيهما يتضمن جوانب أخرى، كونهما سلطتين تستعملهما الإدارة في أثناء مرحلة تنفيذ عقودها الإدارية.

كما تتميز كل منهما عن الأخرى، في العديد من النقاط، التي تظهر كل سلطة عن الأخرى بصورة مستقلة.

واستكمالا للموضوع، يمكننا استخلاص أوجه تلك العلاقة - مع عدم إهمال ما قد تم الإشارة إليه في السابق بهذا الصدد - وذلك فيما هو آت تفصيله:

أولا: علاقة التشابه والتداخل بين كلا السلطتين

من المفيد الإشارة مقدما، إلى أن ما تم استنتاجه بصدد العلاقة بين سلطة الإدارة الجزائية وسلطتها الرقابية، يصدق في نواح كثيرة، على العلاقة بين الأولى وسلطة التعديل الانفرادي لذلك نرى بعدم جدوى تكرارها في هذا المقام، ومن ثم نحيل القارئ إليها.

وبالعطف عليه، يمكننا حصر أهم أوجه هذه العلاقة في النقاط الآتية:

1 - تمارس الإدارة كلا السلطتين في العقود الإدارية كافة، وكلاهما تتسم - من وجهة نظرنا - بالخطورة؛ ففي سلطة الجزاء، توقع الإدارة وليس القضاء، جزاءات قاسية بحق

المتعاقد معها، قد تصل إلى حد إنهاء العلاقة التعاقدية القائمة، وكذلك فإن سلطة التعديل، تنفرد الإدارة بحق تغيير شروط العقد، إذ تهاجم قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، وكل ذلك بخلاف ما هو مألوف في عقود القانون الخاص[1].

2 ـ تمارس الإدارة كلا السلطتين، في إطار الالتزامات التعاقدية، فتوقع الإدارة الجـزاءات على المتعاقد معها بالنظر لتقصيره عن أداء التزاماته المقررة قانونا، وكذلك الأمر في سـلطة التعديل.[2]

3 ـ يترتب على التعديلات التي يمكن أن تقوم بها الإدارة، لاسيما في طبيعـة الأشـغال أو كميتها، أو مددها؛ عدم توقيع الإدارة على المتعاقد الجزاءات المتعلقة التي كانت مقررة، قبـل إجراء هذا التعديل، وذلك كأن يترتب على إجراء التعديل تأخير تسليم الأشغال، أو التوريـدات المطلوبة في المواعيد المقررة قبل إجراء التعديل. وكذلك كأن يتقرر تبعا للتعـديل تغيـر فـي المواصفات المطلوبة في هذه الأشغال، أو التوريدات. ففي هذه الحالة لا يتصور فـرض تلـك الجزاءات التي كانت مقررة فيما إذا لم تقم الإدارة بإجراء التعديل.

4 ـ غالبا ما تتضمن العقود أو دفاتر شروطها، وكذلك في التشريعات المنظمة، على نسـب محددة لإجراء التعديلات، وكذلك الحال بالنسبة للجزاءات ذات الطابع المالي.

---

(1) يشير بونار(Bonnard)، إلى أن التعديل الانفرادي لا يفترض أن يؤدي إلى إهدار قاعدة إلـزام العقـد لطرفيها، وإنما يعني أن العقد الإداري يتمتع بقدر من المرونة، تستلزمه طبيعـة العقـد الإداري واتصـاله بالمرفق العام؛ مؤلفه (موجز القانون الإداري) مرجع سابق، ص 620.

(2) يستدل (أحمد محيو) بمثل ذكره فيدل(Vedel) بقوله: "إن إدخال المحركات الآلية على وحدة عسـكرية يجعل من غير المفيد إبرام صفقة لتوريد العلف. لكن هذا لا يسمح للإدارة بأن تطلب[مثلا] مـن المـورد أن يسلمها الوقود بدل العلف"؛ مؤلفه (محاضرات في المؤسسات الإدارية) مرجع سابق، ص 250.

5 ـ كأصل عام، تعطى للمتعاقد مع الإدارة فترة زمنية معينـة، للقيـام بتنفيـذ الإضـافات والتعديلات التي تفرضها الإدارة عند ممارسة سلطة التعديل، وكذلك الحال في بعـض أنـواع الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد المخل بالتزاماته، كما سيأتي بيانه بالتفصيل لاحقا.

6 ـ من شأن تداخل كلا السلطتين بعضهما ببعض، أن يؤدي في بعض الحالات إلى إعفـاء المتعاقد مع الإدارة من فرض الجزاءات عليه، وذلك كأن ينتج عـن إجـراء الإدارة لـبعض التعديلات إعفاؤه من غرامة التأخير مثلا.

غير أنه في هذه الحالة، يشترط أن يصدر هذا التعديل من قبل السلطة الإدارية المختصـة قانونا. وقد أشار القاضي الإداري إلى ذلك مرارا بقوله: "لا يملك إبـرام العقـود الإداريـة أو تعديلها، إلا من أنيط بهم قانونا هذا الاختصاص ... ومثل هذا التعديل يلزم صدوره من جهـة الاختصاص بإجرائه"[1].

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1980/01/22، في الطعن رقـم 845 لسـنة 19 ق الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الثامن عشر، ص 838.

ـ في هذا المعنى كذلك:حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصـادر فـي 1952/12/25، المجموعـة السنة 07، بند رقم 61، ص 76؛ وحكمها الصادر في 1961/06/25، المجموعة، السنة 15، بند رقم 194 ص 265. وكذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشـريع بمجلـس الدولـة المصـري، جلسـة 1989/04/05، المنشور في مجموعة مبادئها السنتان 43 و 44، قاعدة رقم 112، ص 306. يمكن بصـدد التعليق على هذه الأحكام والفتاوى مراجعة: سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليـا، مرجـع سابق، ص 181 وما بعدها.

ـ يشير (عيسى رياض) بهذا الشأن إلى: أن ممارسة سلطة التعديل يتم من خلال إصدار الأوامر المصـلحية إلى المتعاقد، وباعتبار هذه الأوامر قرارات إدارية، فإنه يجب أن تستوفي أركان المشـروعية. إذ يجـب أن تصدر من السلطة المختصة، وفقا للإجراءات والأشكال المنصوص عليها قانونا، مراعية في ذلك المصـلحة العامة؛ مؤلفه (نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائـر 1985، ص 14.

لذلك، يستنتج بسهولة أن الالتزام بقواعد المشروعية، شرط أساس عند اتخـاذ الإجـراءات الإدارية المتعلقة بكلا السلطتين، وذلك في الأحوال كافة.

7 ـ يلاحظ أن القواعد والأحكام المنظمة للامتيازات السلطوية التي تتمتع بهـا الإدارة فـي أثناء تنفيذ العقد الإداري، غالبا ما تشتمل على الضوابط والقيود التي تحد من مدى اسـتعمالها على إطلاقها، فهي وإن كانت ميزة لطرف الإدارة في العقد الإداري، إلا أنها ليسـت مطلقـة. وبذلك فهي خاصية من خواص العقد الإداري، التي من خلالها يتمتع المتعاقد بقدر معقول مـن الضمانات إزاء تلك الامتيازات الممنوحة للإدارة.

وعليه، فإن سلطة الإدارة بتعديل عقودها، شأنها شأن تلك الضوابط والقيود، التي تحد مـن سلطتها في توقيع مختلف أنواع الجزاءات، ومع ذلك ثمة بعض منها مما تختص به الأولى عن الأخرى، وقد تسنى لنا حصرها في الآتي:

(أ) يجب أن يقتصر إجراء التعديل الانفرادي، على الشـروط المتعلقـة بـالمرفق العـام. فلا يجوز للإدارة أن تتجاوز ذلك إلى الشروط التي تنظم المزايا والضمانات المالية. وفي هـذا يقول (أحمد محيو): "يجب على التعديلات أن لا تمس بالامتيازات المالية التي ينص عليها العقد لصالح المتعاقد"[(1)].

ونفصل هذا القول، في أن الشروط المتعلقة بالمصالح المالية للمتعاقد، مثل أجره المسـتحق

---

(1) محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص 250.

ـ لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن، يراجع: جورج فيديل وبيار دوفولفيه، القانون الإداري، الجـزء الأول مرجع سابق ص 347؛ علما بأنه قد تم فيه ـ المؤلف ـ دراسة هذا القيد بالنظر إلى تطبيقات سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي، في ظل التشريعات النافذة في فرنسا، وتطبيقات مجلس الدولة الفرنسي.

عن عمله، أو ثمن السلع والخدمات التي يقدمها للإدارة، أو الأرباح التي تتحقق له من ممارسته نشاطه، أو القروض والفوائد التي تلتزم الإدارة بتقديمها، أو المزايا المالية التي تمنحهـا إيـاه الإدارة وما شابه، إنما تعتبر من الشروط الأجنبية التي لا تؤثر على المرفق العام، أو تنظيمه.

وبالعطف عليه، لاحظنا في أحكام القضاء الإداري المؤيدة فقها، ما يشـير إلـى أن هـذه الشروط، تبقى خاضعة لقواعد القانون المدني الذي يحكم العقود بصفة عامة، ولا يجوز للإدارة أن تعدل فيها، وإلا كان قرارها باطلا، أما ما عدا ذلك من شروط العقد، فهي شـروط مرنـة يجوز للإدارة تعديلها كلما اقتضى ذلك الصالح العام.[1]

وفي واقع الأمر، نرى أن ما قرره القضاء الإداري بهذا الشأن، يعد تأكيدا آخر لحقيقـة أن العقد الإداري، إنما هو عقد كغيره من العقود، التي حاول بعض من الفقـه مسـها فـي هـذا المضمار.

(ب) يفترض لإعمال سلطة التعديل الانفرادي، أن يحدث تغير في ظروف العقد بعد إبرامه تبرر إجراء التعديل.[2]

---

(1) قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية ديدونا(Didonna) بأن: الشروط المتعلقة بالأثمان تعتبر شروطا مستقرة ولا يجوز تعديلها؛ حكمه:

- C.E. 09 Mars 1951, Didonna, Rec. p. 149.

وجاء في المعنى عينه، في قضاء مجلس الدولة المصري: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصـادر في 1956/12/26، المجموعة السنة 11، ص 667.

- ينظر في تأييد الفقه للقضاء الإداري، بحسب ماأشرنا إليه: حسين درويش عبد العال، النظرية العامة فـي العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 118. وكذا خالد مرموص الحمداني، سلطة الإدارة في تعـديل عقودهـا بإرادتها المنفردة، مذكرة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1987، ص 117 وما بعدها. وكذلك مصطفى كمال وصفي، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري، مقاله، مرجع سابق، ص 158.

(2) عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 380 وما بعدها.

ومع ذلك، لئن كان لافت في واقع التطبيق العملي، أن الإدارة تخطئ أحيانا عند إبرام العقد في تقدير الظروف التي في ضوئها تم إبرامه. لاحظنا أن الآراء التي قيلت في هذا الشأن قـد تنوعت واختلفت فيما بينها. فأشارت بعضها إلى عدم قدرة الإدارة على إجراء التعديلات وأنها يجب أن تتحمل خطأها في هذه الحالة[1]. بينما أشارت الأخرى، إلى عدم جواز معاقبـة الإدارة على خطئها، مادام المرفق العام في حالة تغير مستمر.[2]

ومن جانبنا ـ باختصار شديد ـ فإنه مع تقديرنا لصواب ما استند عليه دعاة الرأي الأول؛ إلا أننا نميل لترجيح كفة الرأي الآخر. وأهم حججنا التي يمكن سوقها بهذا المقام، أنه من غير المنطقي أن يترك المرفق العام من دون إجراء التعديلات التـي يتطلبهـا واقعـه الحقيقـي أو المتغير، وذلك بصرف النظر عن خطأ الإدارة في هذه الحالة، وعزاؤنا أن الإدارة لن تتجـاوز الضوابط والقيود الموضوعة في التشريع، أو في العقد ودفتر الشروط؛ إذ إن من شأن الأخيرة أن تساعد على ضبط ولملمة الموضوع برمته.

(ج) يجب ألا يصل التعديل إلى حد قلب اقتصاديات العقد.

= وفي أحكام القضاء الإداري، على سبيل المثال، حكم مجلس الدولة الفرنسي:

ـ C.E. 09 Juillet 1926, Rec. p. 715.

وكذا حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1992/11/15، الطعن رقـم 3986، السـنة 35 ق مجموعة المبادئ القانونية للعقود الإدارية في أربعين عاما، ص 403.

(1) من أولئك:

ـ Badaoui (Saroit), Le fait du prince dans les contrats administratifs, thèse, Paris 1955, p. 101.

وكذا محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، مرجع سـابق ص 1220.

(2) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 465 ـ 466.

ويذكر بهذا الشأن، أن القضاء الإداري كان قد استعمل أكثر من عبارة للدلالة على هذا المعنى، ولكن يلاحظ أنها جميعها تؤدي في النهاية إلى المعنى عينه. فإذا كان التعديل بالزيادة أو بالنقصان، فإن مجلس الدولة الفرنسي يعبر عنه بأن "هذا التعديل يجاوز بدرجة ملحوظة توقعات المتعاقدين". وفي حالة ما إذا كان التعديل ينصب على طرق التنفيذ وأوضاعه، فإن مجلس الدولة يكتفي للحكم بفسخ العقد بعبارة "أن يكون أحد الشروط الأساس والجوهرية التي أبرم العقد بقصد تحقيقها قد عدل"، أو يستعمل عبارة "إذا كان التعديل في العناصر الأساس للعقد"، أو"إذا كان التعديل في جوهر العقد"، أو "إذا كان التعديل في الأوضاع الأساس للعقد".[1]

كما استعمل المجلس عبارة "الأعمال الجديدة"، للدلالة على عدم جواز قيام الإدارة بفرض تنفيذ أعمال جديدة على المتعاقد، ليست لها صلة بالأعمال الأصلية، وإلا حق للمتعاقد طلب فسخ العقد. وهذه العبارات جميعا تؤدي إلى المعنى عينه "قلب اقتصاديات العقد".[2]

وكذاك الأمر، فإن مجلس الدولة المصري يستعمل اصطلاحات مماثلة "فالتعديلات التي تفرضها الإدارة لا يجوز أن تفوق في قيمتها، أو نتائجها ما اتفق عليه أصلا في العقد بدرجة كبيرة"، أو "أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأسا على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد"، أو "تغيير في موضوع العقد أو محله"، أو "أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصلي أو تبديل موضوعه، أو "إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه".[3]

---

(1) من أحكامه التي استعمل بها عبارة" إذا كان التعديل في الأوضاع الأساس للعقد، على سبيل المثال:

- C.E. 17 Juillet 1918, Bauge, Rec. p.717.

(2) يراجع في ذلك: محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية...، مرجع سابق، ص 211.

(3) من أحكامه: حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر في 1957/04/20، المجموعة، السنة 02، ص 937.

ومن نافلة القول، إن فكرة قلب اقتصاديات العقد، عرفتها أيضا الأنظمة القانونية التي لا تقر بوجود نظام قضائي إداري مستقل عن القضاء العادي، كالولايات المتحدة الأمريكية مثلا. ففـي بعض أحكام محاكمها القضائية، استعملت للتعبير عن هذه الفكرة، مـثلا عبـارة "أن التغييـر لا يمس المميزات العامة للعمل أو وحدة العمل بحيث يكون إخلالا في العقد".(1)

وصفوة القول، إنه يجب ألا يؤدي أي تعديل تقوم به الإدارة المتعاقدة إلى قلب اقتصـاديات العقد، أو الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وإلا جاز للمتعاقد المتضرر طلب فسـخ العقـد مـع التعويض. أما إذا لم يصل التعديل إلى هذا المدى، فإن حق المتعاقد يقتصر فقط علـى طلـب التعويض.(2)

ثانيا: التمييز بين سلطتي الجزاء والتعديل الانفرادي

تأكيد للخصوصية التي تتمتع بها كل سلطة عن الأخرى، فإنه يمكننـا اسـتخلاص أوجـه التمييز بينهما وحصرها من خلال الآتي ذكره:

1 ـ تعد معاقبة المتعاقد المقصر مع الإدارة، أحد أهداف سلطة الإدارة الجزائية، التي تحقق من خلاله جبر الأضرار التي قد تصيب المرفق العام. بينما استعمال الإدارة لامتيـاز التعـديل

---

(1) ورد ذلك لدى: رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سـلطة الإدارة فـي تنفيـذ مقـاولات الأشـغال العامة"دراسة مقارنة"، مذكرته للماجستير، مرجع سابق، ص 224.

(2) جدير بالإشارة، أن التعويض في سلطة التعديل الانفرادي يختلف عن التعويض في نظرية فعل الأميـر. ففي الأولى: تحرك المسؤولية التعاقدية على أساس الخطأ عند الاستخدام غير المشروع لها . بينما تحرك في الثانية: على أساس عدم الخطأ. لمزيد من المعرفة يمكن بصفة عامة مراجعة: ثروت بدوي، نظريـة فعـل الأمير في العقود الإدارية، رسالته للدكتوراه، مرجع سبق ذكره. وكذا حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية مرجع سابق، ص 80 وما بعدها.

الانفرادي، يلبي بالدرجة الأولى حاجة الإدارة في مواكبة متغيرات الظروف التي تلازم المرفق الشروط، بينما الأثر الأساس في سلطة التعديل، هو حدوث تغيير ما في الالتزامات التعاقدية.

3 ـ يتم توقيع الجزاء لخطأ من جانب المتعاقد، بينما ينتفي عنصر الخطأ تماما، عند استخدام الإدارة وسيلة التعديل الانفرادي.

4 ـ من الآثار التي قد تنشأ عن استخدام امتياز الجزاء الانفرادي، إنهاء العلاقـة التعاقديـة القائمة، بينما الاستخدام المشروع من قبل الإدارة لسلطة تعـديل عقودهـا بـالإرادة المنفـردة لا يؤدي كأصل عام إلى إنهاء هذه العلاقة.

5 ـ تقع مسؤولية التعويض عن الخطأ في السلطة الجزائية، على عاتق المتعاقد مـع الإدارة لتقصيره في تنفيذ التزاماته. بينما في سلطة التعديل، فإن الإدارة وإن كانت هـي التـي تقـوم بإجراء التعديلات والإضافات، إلا أن ذلك يتم في إطار المسموح به قانونا، وبالقدر المحدد. أما إذا تجاوزت ذلك، فتلك مسألة أخرى[1].

6 ـ تتمتع كل سلطة بخصوصية معينة تميزها عن السلطة الأخرى، وتبعا لذلك فإن نطـاق هذه السلطة وحدودها، ليست هي بالنسبة إلى الأخرى بطبيعة الحال[2].

وتمثيلا لذلك، فإن الإدارة لاتستطيع على الإطلاق، أن تفـرض علـى المتعاقـد إجـراء

---

(1) نذكر في هدا الصدد ـ كمثال ـ ما قضت به المحكمة التجارية في العاصمة اليمنية (صـنعاء) بوقـف إجراءات تعديل العقد القائم بين وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات اليمنية، والشركة اليمنية المتحدة لخدمـة الاتصالات المحدودة (يونيتيل)، وذلك تحسبا لتجاوز الإدارة للحدود المسـموح بهـا لإجـراء التعـديلات؛ صحيفة (الأهالي)، الصادرة يوم الأربعاء الموافق 2007/07/11، السنة01، العدد 01، ص 14.

(2) يشير (عمار عوابدي) إلى أن نطاق سلطة الإدارة في تعديل التزامات وشروط العقود الإداريـة يمتـد ليشمل الالتزامات والشروط المتعلقة بالمرفق العام؛ مؤلفه(القانون الإداري)، الجزء الثاني، النشاط الإداري

تعديلات معينة على العقد كجزاء من الجزاءات، وكذلك فإنه من غير المتصور أن يتم التعـديل بهدف معاقبة المتعاقد لأي سبب من الأسباب.

وهكذا، فإن التعديلات التي تقوم بها الإدارة، يجب ألا تصل إلـى حـد فسـخ العقـد، وإلا أصبحنا أمام، سلطة فسخ العقد (إلغاؤه)، الذي يكون للمتعاقد حينئذ الحصول على التعويضـات المناسبة نتيجة لذلك[1].

وكذلك، فإن ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري، لايجـب أن تصل إلى حدود سلطتها في التعديل الانفرادي.

وقد أشار دي لوبادير(De laubadère) بهذا الصدد: " فإذا كانت فكـرة الرقابـة واسـعة تشتمل على صور مختلفة للتدخل، إلا أنه يلزم تمييز هذه الفكرة في مجموعها عن التـدخلات

= مرجع سابق، ص 218.

ـ لمزيد من التفاصيل بخصوص نطاق سلطة التعديل وحدودها بصفة عامة،يراجع على سبيل المثال: محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 155. وكذا علي الفحام، سلطة الإدارة في تعـديل العقـد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 265 وما بعدها.

(1) على هذا الأساس، عادة ما تقرر دفاتر الشروط الإدارية العامة، ومنها ما جاء دفاتر الشـروط الإداريـة العامة للكباري والطرقات في فرنسا في المواد (31،30) بأنه: يحق للمقاول طلب فسخ العقد في حالة تجاوز الإدارة نطاق التعديل المنصوص عليه في هذه الدفاتر وهو 01/06 مبلغ المقاولة، علاوة على التعويض الذي يحصل عليه المقاول في حالة تضرره من جراء ذلك. ينظر في تفاصيل ذلك: دي لوبادير (De laubadère) العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 392. وكذا علي الفحام، سلطة الإدارة فـي تعـديل العقـد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 282.

ـ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1970/04/11، المجموعـة، السـنة 15، ص 264. وكذا فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلـس الدولـة المصـري، جلسـة 1989/04/05 المنشور في مجموعة مبادئها السنتان 43 و 44، قاعدة رقم 112، ص 306.

التي تعدل، أو تغير من نصوص العقد"[1].

ويلاحظ بهذا الشأن، أن "القضاء الإداري الفرنسي يعتبر أن الإدارة تمارس سلطة الرقابة والإشراف، عندما يقتصر عملها على الاكتفاء بمطابقة الالتزامات الأساس المنصوص عليها في العقد على تنفيذ الأعمال، بما لديها من الدراسة الفنية التي تسمح لها بمباشرة هذه المهمة. ولكن إذا قامت الإدارة بتعديل المعطيات الجوهرية المنصوص عليها في العقد، فعندئذ توجد ممارسة من جانبها ليس لسلطة الإشراف والرقابة، ولكن لسلطة التعديل من جانب واحد"[2].

وكذلك، فإن فسخ العقد وإن كان سلطة مقررة للإدارة في تنفيذ عقودها الإدارية، إلا أن صورها تختلف من حالة إلى أخرى، فسلطة توقيع جزاء الفسخ، تختلف عن سلطتها في إلغاء العقد لدواعي المصلحة العامة (فسخه للمصلحة العامة)، من حيث إن الإدارة في الحالة الأولى: تمارس سلطة الفسخ لخطأ من جانب المتعاقد. بينما في الحالة الثانية: لا يوجد خطأ؛ وإنما يتم إعمال السلطة لدواعي المصلحة العامة في دوام استمرار المرفق العام بانتظام واطراد.[3]

---

(1) العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 321.

(2) حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، مرجع سابق، ص 76.

(3) في هذا المعنى : محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري "دراسة مقارنة في ظل قانون الأملاك الوطنية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988 ص 412 ـ 413.

ـ من أمثلة سلطة الفسخ لدواعي المصلحة العامة، يذكر أن الحكومة اليمنية، كانت قد فسخت عقدها المتعلق بالتزام ميناء (عدن) وذلك مع شركة يمنفست(YEMENVEST) لدواعي المصلحة العامة، وقامت تبعا لذلك بتعويض الشركة بمبلغ مائتين مليون دولار. للاستزادة بهذا الصدد، يمكن مراجعة: سعيد عبد الرزاق باخبيره، "الأحكام الحديثة لنظام البوت B.O.T وتطبيقاته في الجمهورية اليمنية"، **مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية**، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، المجلد 10، عدد 20، يناير ـ يونيو 2007، ص 346 ـ 382.

الباب الثاني

القواعد الخاصة بأنواع الجزاءات التي توقعها الإدارة

في أثناء تنفيذ العقد الإداري

الباب الثاني

القواعد الخاصة بأنواع الجزاءات التي توقعها الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري

تمهيد وتقسيم:

تتعدد الجزاءات التي تتمتع الإدارة بحق توقيعها بالإرادة المنفردة على المتعاقد الذي يخـل بالتزاماته التعاقدية في أثناء تنفيذ العقد الإداري؛ إذ لا تقف عند نوع واحد فقـط، بـل تتعـدد وتتنوع بالنظر إلى الأسس والمبادئ العامة التي تحكم وتنظم هذه السلطة في النظريـة العامـة للجزاءات في أثناء تنفيذ العقد الإداري.

فمنها ما هو ذو طابع مالي، كغرامة التأخير، ومصادرة التأمين، وكذا التعويضات التي يحق للإدارة اقتضاؤها من الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية. ومنها ما يتميز بالطـابع الضـاغط الإكراهي، الذي من خلاله تتلافى الإدارة مخالفات المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماتـه المقـررة قانونا، وذلك على أمل أن تستطيع دفع الأخير - بهذا الإجراء - نحو القيام بتنفيذ الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه. وتتمثل في فرض جزاء الحراسة في عقود الالتزام، وسحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، والشراء على حساب ومسؤولية المورد في عقود التوريد.

ومنها الجزاءات الفاسخة، التي من خلالها تضرب الإدارة العلاقة التعاقدية عينها القائمة مع الطرف الآخر. حيث تقوم بإنهاء العقد مع المتعاقد معها حينما تتوفر أسبابه القانونية، وتتخذ في العادة شكل إسقاط الالتزام في عقود التزام المرافق العامة، وشكل الفسخ الجزائي فـي عقـدي الأشغال العامة والتوريد. ويعرف عن هذا النوع، أنه قمة الجزاءات الممكن توقيعها مـن قبـل الإدارة. وتتسم بالخطورة، بالنظر إلى أثرها الأساس المتمثل بفسخ العقد القائم، وذلك كما سيأتي

شرحه بالتفصيل لاحقا.

أما بالنسبة إلى الجزاءات الجنائية، التي كانت ومازالت محط جدل ونقاش في محـيط فقـه القانون العام، فيعتقد الباحث جازما، أن مجال إعمالها، يقع خارج نطاق دائرة السلطة الجزائيـة المسموح بها للإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري. ذلك "أن المسلم به أنه (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني)"[1].

والقول بهذا، لايعني بأي حال من الأحوال، تجاهل حقيقة إن بعض الأخطاء التعاقدية التـي تبرر سلطة الإدارة بفرض الجزاء في أثناء تنفيذ العقـد الإداري، تعـد فـي نظـر المشـرع الجنائي[2]، جريمة أو مخالفة يعاقب عليها بنص القانون[3]. غير أنه في هذه الحالة يمكن للإدارة أن تطلب من القاضي الجنائي تطبيق العقوبة المقررة لهذه أو تلك من الجرائم والمخالفات.

ويصدق القول - كذلك - فيما يتعلق بإمكانية أن تقوم الإدارة بتضـمين لـوائح الضـبط الإداري، أية إشارة من شأنها أن تضيف جزاء تعاقديا آخر في العقد الإداري، بهـدف إلـزام

---

(1) محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثالثة، 1958، ص 126.

- يشير دي لوبادير (De laubadère)إلى هذا الشأن بقوله:"لا يمكن للعقد ذاته، أن يعين جزاءات جنائية من أجل مخالفة الالتزامات التعاقدية التي ينص عليها"؛مؤلفه(العقود الإدارية)،مرجع سابق، الجزءالثاني،ص175.

(2) في هذا المعنى: إبراهيم سيد أحمد، الحماية الجنائية للعقود الإدارية والمدنية "فقها وقضاء"، دار الكتـب القانونية، المحلة الكبرى، 2005، ص 05 وما بعدها.

(3) إيمانا من المشرع الجنائي بأهمية العقد الإداري، فقد أخضع بعض أخطاء المتعاقد مـع الإدارة، لعقوبـة جنائية. ونضرب في هذا السياق، مثلا مما جاء في المادة(116) مكرر من قانون العقوبات المصري رقم 24 لسنة 1951، بقول المشرع: "كل من أخل عمدا بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضـها عليـه عقـد مقاولة، أو نقل، أو توريد، أو التزام، أو أشغال عامة، ارتبط به مع الحكومة، أو إحدى الهيئـات العامـة ... وترتب على ذلك ضرر جسيم، أو ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد، يعاقب بالعقوبة ذاتها، علـى حسـب الأحوال، المتعاقدون من الباطن، والوكلاء ... إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعا إلى أفعالهم".

المتعاقد وإرغامه على تنفيذ العقد. فتلك مسألة مرفوضة في نظرنا، لما يشوبها من عيب تجاوز السلطة، ثم إن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى تأييد قضاء مجلس الدولة الفرنسي برفض قيام الإدارة بمثل هذا الإجراء[1].

وعلى أية حال، فالذي يذكر أن سلطة الإدارة في فرض الجزاءات، تمتد إلى العقود الإدارية كافة، من دون أي استثناء. مع أنه محقق في الواقع العملي أن تكثر تطبيقات الجـزاء الإداري في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، وليس بعيدا عن القارئ، تقبل هذه الحقيقة، بالنظر إلى المساحة الكبيرة التي تشغلها مبادئ وأحكام هذه العقود في النظرية العامة للعقد الإداري تبعا لأهميتها وكثرة الأخذ بها في تطبيقات الواقع العملي، وهذا الأمر سنأخذه في الحسبان كذلك في أثناء دراسة هذا الباب.

وغني عن البيان في هذا السياق، الإشارة إلى أن الإدارة لا تستطيع توقيـع أي مـن تلـك الجزاءات، إلا إذا صدرعن الطرف الآخر، خطأ تعاقدي يبرر ممارستها لهذا الامتيازالسلطوي.

وعليه، فإن تلك الأفعال التي تبرر قيام السلطة الجزائية، تتمحـور حـول تلـك المبـادئ والالتزامات التي تفرض على المتعاقد احترامها، وذلك بعدم مخالفة الالتزام بالتنفيذ الشخصـي وضرورة الالتزام بالمدد المقررة، والتزام المتعاقد بضمان سير المرفق العـام بنحـو منـتظم ومستمر.[2] علما بانتفاء صفة الخطأ الصادر عن المتعاقد، فيما إذا قابلته أي من عوامل القـوة

---

(1) لمزيد المعرفة بصدد تأييد الفقه لقضاء مجلس الدولة الفرنسي على النحو المذكور أعلاه، يمكن مراجعة: بيكينو (Pequignot)، النظرية العامة للعقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 360 ومابعدها.

(2) بصدد ذلك في العموم، يراجع: عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات فـي العقـد الإداري"دراسـة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 122 ـ 164.

القاهرة والحادث الفجائي، أو بفعل الإدارة، التي لا يد له فيها.

هذا، ومما لاشك فيه أن أبرز الخصائص التي تشترك فيها الجزاءات عامة، أنها تتم من قبل الإدارة بالإرادة المنفردة، بمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر. كما أنها تستلزم كأصل عام ضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيعها عليه، إلى جانب أن القرارات المتعلقة بها تخضع في الأحوال كافة لرقابة القضاء اللاحقة، علما أن الإعذار والرقابة القضائية، تعدان بمثابة حقوق للمتعاقد يستحقها في أثناء تنفيذ العقد الإداري، في مقابل ممارسة الإدارة لهذه السلطة.

ومن ناحية أخرى، فإن النظم التي تحكم هذه الجزاءات، غدت نظرية مستقلة بذاتها، كما أن المشرع المقارن أولاها عناية كبيرة، بأن نظمها في التشريعات المختلفة ذات العلاقة.

وحاصل القول، إن الجزاءات التي يجوز للإدارة توقيعها في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية تتخذ في الواقع، طوائف ثلاث؛ بالنظر إلى طبيعتها وأهدافها، وهي الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة المؤقتة، والجزاءات الفاسخة.

لذلك، آثرنا أن نقسم هذا الباب، إلى فصلين، نخصص الفصل الأول، لدراسة النوعين الأولين (الجزاءات المالية والضاغطة)، بينما نترك الفصل الثاني، لدراسة الجزاءات الفاسخة نظرا لأهميتها، وللحيز الكبير الذي تشغله في نظرية الجزاءات ونظامها القانوني عموما، فضلا عن الآثار الخطيرة التي تترتب عليها. ويكون ذلك على النحو الآتي:

الفصل الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء المالي والضاغط المؤقت

الفصل الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاء الفاسخ

الفصل الأول

سلطة الإدارة في توقيع الجزاء المالي والضاغط المؤقت

تمهيد وتقسيم:

تعد أن الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة، من الجزاءات التي يحق للإدارة توقيعهما في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية. وحقيقة الأمر، أنهما يشتركان في كونهما لاينهيان العقد القائم بين أطرافه. فالأولى: بذاتها لا تنهي العلاقة التعاقدية، وإن كانت تصحب في بعض الحالات مع جزاء الفسخ، حيث عادة ما تتضمن آثار الفسخ استقطاع الإدارة لمستحقاتها المالية.

أما الثانية: فيبدو من تسميتها بـ (الضاغطة المؤقتة)، أنها تفرض بغرض إرغام المتعاقد على تنفيذ التزاماته، ولكنها لا تنهي العلاقة بأي شكل من الأشكال. فضلا عن أن كلا النوعين يتفرع عنهما جزاءات مختلفة، فلا يقتصران على شكل واحد.

ومن ناحية أخرى، فيبدو العنصر المالي موجودا في كليهما. ويلاحظ ذلك بوضوح في الجزاء المالي، بينما في الجزاء الضاغط يكون بصورة غير مباشرة، ذلك أن من مترتبات هذا الجزاء أنه يفرض على المتعاقد مع الإدارة تحمل المخاطر المالية كافة، فيتم تنفيذ التزاماته التي تخاف عنها، على نفقته وتحت مسؤوليته الكاملة كأصل عام.

وعلى أية حال، إن أهم الأنواع التي تتفرع عن الجزاء المالي، هي غرامة التأخير، التي يتميز نظامها بأنه كثيرا ما يرد في العقود الإدارية، ويطبق بالنسبة إلى أي نوع من التزامات المتعاقد مع الإدارة، مع أنه يكثر استعماله - وعلى الأخص - كجزاء على التأخير في تنفيذ الالتزام.

وكذلك، فإن لجهة الإدارة الحق في مصادرة التأمين، وهذا الحق لا يخل بما للإدارة من الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها بسبب إخلال المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

أما بالنسبة إلى سلطة توقيع الجزاءات الضاغطة المؤقتة، ترتيبا لسلطتها في التنفيذ المباشر عند إخلال المتعاقد معها بالتزاماته؛ فتستطيع الإدارة أن تحل نفسها محله في تنفيذ الالتزام، أو تعهد إلى شخص آخر بتنفيذ ذلك الالتزام على حسابه وتحت مسؤوليته. وذلك بأن تقوم بفرض الحراسة في عقود الالتزام، أو بسحب المشروع من المقاول في عقود الأشغال العامة، أو بالشراء على حساب المتعهد في عقود التوريد.

وينبغي التنويه في هذا المقام، إلى أن اهتمام دراستنا بعقود الالتزام، والأشغال العامة والتوريد، والنتائج التي يمكننا استخلاصها بهذا الشأن، لا ينبغي فهمها على أساس أن الإدارة لا تستطيع ممارسة هذه الجزاءات إلا بصدد هذه العقود فقط، فتلك مسألة بعيدة كل البعد عن مرادنا بهذا الخصوص؛ فسلطة توقيع الجزاء في أثناء تنفيذ العقد الإداري، سلطة مقررة في أنواع العقد الإداري كافة. كما أن المبادئ الأساس التي تحكم هذه السلطة تتداخل فيما بينها بالنسبة إلى العقود كافة. ومن ثم فإن ما يصدق في عقد، ينطبق في العقد الآخر كمبدأ عام.

وإجمالا، سنتناول في هذا الفصل كلا النوعين، وذلك بتقسيمه إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة المؤقتة

المبحث الأول

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية

تمهيد وتقسيم:

يشير غالبية الفقه إلى أن الجزاء المالي من الجزاءات الإدارية التي تتمتع الإدارة بحق تطبيقها على المتعاقد معها، إذا قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو بعضها. ويستوي في ذلك أن يكون قد امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها، أو يكون قد نفذها على وجه غير مرض، أو أن يكون قد أحل غيره مكانه من دون موافقة الإدارة ...إلخ.

ومن ثم يعرفها الفقه: بأنها عبارة عن المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها، إذا ما أخل بالتزاماته التعاقدية في أثناء تنفيذ العقود الإدارية[1].

ومما ينبغي قوله مقدما، إن الجزاءات المالية تختلف عن مثيلتها من الجزاءات المالية المعروفة في قواعد القانون الخاص، التي تطبق في مجال العقود المدنية اختلافا بينا، وذلك "من حيث الأحكام التي يخضع لها كل نوع منها، وتفترق عنها ـ أيضا ـ من ناحية أن جهة الإدارة تمتلك توقيعها مباشرة من دون الالتجاء إلى القضاء"[2]. كما أن هذه الطائفة من الجزاءات

---

(1) ينظر في الفقه بهذا المعنى: أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T، مرجع سابق ص 181. وكذا جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 219. حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 30. سامي جمال الدين أصول القانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 756. عبد الغني بسيوني عبد ا ، القانون الإداري مرجع سابق، ص 548. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سابق ص 219. مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، مرجع سابق، ص 92.

(2) حسين درويش عبد العال، "الجزاءات المالية في العقود الإدارية"، مقال منشور في **مجلة العدالة** أبو ظبي، العدد 17، السنة 05، يناير 1978، ص 23.

تهدف في المقام الأول إلى تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق بالإدارة نتيجة خطأ المتعاقد في العقد الإداري، ضف إلى ذلك أنها تفرض عقابا على المتعاقد بقطع النظر عن أي ضرر قد يلحق بالإدارة، وذلك نتيجة لتقصيره في تنفيذ التزاماته[1].

ومقتضى القول، إن هذا النوع من الجزاءات، يتم حصره بشكل عام في أنواع ثلاثة. وهي غرامات التأخير، والتعويضات، ومصادرة التأمين. علما أن ثمة جزاءات مالية لا تعد في نظر الفقه من الجزاءات المالية الأصيلة، نظرا إلى وقوعها في موقع التبعية من الجزاءات الأساس. وأهمها المصروفات الإدارية التي تتكبدها الإدارة في البداية، وتحملها المتعاقد فيما بعد؛ نظرا لتأخره في تنفيذ التزاماته، خاصة بعد المهلة التي تعطى له لتصحيح أوضاع التنفيذ.

وإزاء ذلك، نرى من المناسب أن يتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، كالآتي:

المطلب الأول: غرامة التأخير

المطلب الثاني: مصادرة التأمين

المطلب الثالث: اقتضاء التعويض

---

(1) لوحظ أن هناك من يخلط ما بين أن هذه الجزاءات - وبقية طوائف الجزاءات - تفرض كعقاب على المتعاقد نتيجة تقصيره عن تنفيذ التزاماته ولو لم يحدث أي ضرر للإدارة. وما بين أنها تفرض كعقاب ولو لم يحدث أي خطأ من المتعاقد. والصحيح من وجهة نظرنا ما قيل في العبارة الأولى. فمن غير الطبيعي أن تفرض الجزاءات من غير أن يرتكب المتعاقد أي خطأ من جانبه. فتلك مسألة لا يقبلها العقل، ولا منطق قواعد العدالة. من أولئك تمثيلا لا حصرا: محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 116.

المطلب الأول

غرامة التأخير

الفرع الأول

تعريف وخصائص غرامة التأخير

ونرى أنه يمكن معالجة مفهوم وتعريف غرامة التأخير، وعلاقتها بما يشتبه بها في النظـام القانوني لعقود القانون الخاص من ناحية، وكذلك ما يتعلق بها في نطاق النظام القانوني للجزاء في العقود الإدارية من ناحية ثانية، وذلك من خلال العرض الآتي:

أولا: تعريف غرامة التأخير[1]

عرفها فقه القانون العام بأنها: مبلغ نقدي يحدد عادة في العقد الإداري بنسبة معينة من قيمة الأعمال، تفرضها الإدارة إذا ما أخل المتعاقد معها بميعاد تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك ضمانا لانتظام سير المرفق العام.[2]

---

(1) الغرامة في المعنى اللغوي تعني: الخسارة. وفي المال: ما يلزم أداؤه تأديبا أو تعويضا، ويقـال: حكـم القاضي على فلان بالغرامة. و(أخر): تأخر. وفي الشيء: جعله بعد موضعه. وفي الوقت: بعد انقضائه. إذن فغرامة التأخير اصطلاحيا تعني: ما يلزم أداؤه تأديبا أو تعويضا بعد انقضاء الوقت. ينظر بهذا: مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، سنة 1961، مطبعة مصر، الجزء الثاني، ص 657. كما جاء في معناها أيضا: ما يلتزم الإنسان أداؤه من المال قصاصا أو تعويضا؛ ينظر بهذا: معجم الرائد لجبران مسعود، المجلـد الثـاني مرجع سابق، ص 1073.

(2) ومنهم: إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 208. وكذا زكي محمد النجـار حـدود سلطات الإدارة في توقيع عقوبة الغرامة "دراسة تأصيلية للجزاءات المالية وضوابط توقيعها فـي كـل مـن النظام التأديبي والعقود الإدارية والقانون الإداري الجنائي"، مرجع سابق، ص 53 ــ 56. محمـود خليـل خضير، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ـ جامعـة بغـداد، 1991 ص 19. وكذلك نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير...، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 08.

ويفهم من التعريف، أن غرامات التأخير هي عبارة عن تعويضات جزافية، منصوص عليها مقدما في العقد الإداري[1]. وتستحقها الإدارة تلقائيا جراء وقوع الإخلال من جانب المتعاقد معها وبصرف النظر عما أصابها ضرر من ذلك أو عدمه. إلا أن الإدارة لا تستطيع مطالبة المتعاقد معها بتعويض يزيد عن مقدارها المحدد، وذلك حتى في حالة إذا جاوز الضرر الذي أصابها فعلا، التعويض الجزافي المنصوص عليه في العقد. ومع ذلك تستطيع اللجوء إلى القضاء طلبا في تعويضها عما أصابها من ضرر[2]، لاسيما إذا لم ينص في العقد على فرض غرامات التأخير.

ولعله من المناسب في هذا المقام، الإشارة إلى أن غرامة التأخير وإن كانت هي الصورة الغالبة للغرامات في العقود الإدارية كافة[3]، إلا أنه يجب أن يكون ملحوظا أن كل تعويض محدد ينص عليه في العقد مقدما يعتبر من قبيل الغرامات وليس من قبيل التعويضات.[4]

ثانيا: خصائص غرامات التأخير

لما كانت غرامات التأخير أحد أنواع الجزاءات التي تستطيع الإدارة فرضها في أثناء تنفيذ

---

(1) في هذا المعنى: دي لوبادير(De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 148.
- يلاحظ عدم وجود تعريف محدد لغرامة التأخير في التشريع المقارن للصفقات والمناقصات والمزايدات. ومن ناحية أخرى، رأينا أن المشرع الجزائري اكتفى بعبارة (الغرامات المالية)على عكس المشرع اليمني والمصري اللذين استخدما عبارة (غرامة التأخير)، وهو الصحيح والأدق من وجهة نظرنا، كونها تعبر بوضوح عن أحكام هذا النوع من الغرامات، ومن ثم تفصلها وتميزها عن غيرها من الغرامات، علما بأننا سنذكر المواد والنصوص التشريعية التي تشير إلى ذلك لاحقا.

(2) ونكون حينئذ أمام التعويض كجزاء يفرض على المتعاقد وليس غرامات التأخير.

(3) اعتد بها الفقه عن غيرها من الغرامات، نظرا لكثرة لجوء الإدارة إليها، مع أن هناك غرامات أخرى.

(4) يشير بهذا الصدد (حسين درويش عبد العال) قائلا: "وواضح أن النوعين من قبيل التعويضات إلا أنه إذا كان مبلغ التعويض محددا ومقدرا مقدما في العقد، كان هذا النوع من قبيل الغرامات"؛ مؤلفه (الجزاءات

عقودها الإدارية، فإن الأحكام والخصائص العامة التي تطرقنا إليها في البـاب الأول، تعتبـر تلقائيا جزءا لا يتجزأ من النظام القانوني الخاص بها. وبطبيعة الحال ثمة خصائص تنفرد بهـا عن غيرها من أنواع الجزاءات، يمكننا حصرها ودراستها على النحو الآتي:

1 ـ **إنها اتفاقية**:

من المحقق فقها وقضاء أن غرامات التأخير ذات طبيعة اتفاقية، ومن ثم فإن النص عليهـا في العقد أو دفتر الشروط، ملزم لأطرافه. وليس ذلك فحسب؛ بل إن تحديد مقدارها في العقـد واجب إعماله حتى ولو جاء في التشريع القانوني المعمول به على خـلاف ذلـك. إذ إن مـن المبادئ المسلم بها، أن الخاص يقيد العام.

غير أن الإشكال الذي مازال قائما ومدويا في ساحة الفقه والقضـاء، يتمثـل فـي غيـاب الإجماع على تقديم إجابة شافية بالنسبة إلى التساؤل المتعلق بحالة غياب النص علـى غرامـة التأخير في العقد المبرم؛ **هل يعني بالضرورة تنازل الإدارة عن حقها في فرضها، مـع تـوفر النص التشريعي المنظم لها** ؟

وإزاء ذلك، لنا أن نتصور أن انقسام ما قد حدث، وهو بالفعل. إذ رأى جانب من الفقه[1] أن بوسع الإدارة فرضها حتى ولو لم ينص العقد على ذلك؛ إذ إن إرادة المشرع قد اتجهـت إلـى تحديد مقدار هذه الغرامة في التشريعات المعمول بها، ومن ثم فإنها من النظـام العـام الـذي

= المالية في العقود الإدارية)، مقاله، مرجع سابق، ص 25.

(1) ومنهم: أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 185. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري مرجع سابق، ص 263. عبد الغني بسيوني عبد ا ، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 548. محمود حلمي العقد الإداري، مرجع سابق، ص 86. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 117.

لا يجوز الاتفاق على مخالفته، حتى لو لم يشر العقد إلى تطبيق أحكام هذه التشـريعات، التـي تعتبر بحد ذاتها مكملة للنصوص التعاقدية.

ونود في هذا السياق، الإشارة إلى أن المشرع في الدول المقارنة كان ضمن التشريعات ذات العلاقة[1]، نصوص تشير إلى أن أطراف العلاقـة التعاقديـة ملزمـون بنصـوص القـانون والتشريعات المعمول بها، وأنه يفترض قبل الدخول في العلاقة التعاقدية أن يكونوا قـد علمـوا بها. ولاحظنا ـ أيضا ـ أن القضاء الإداري قد قضى في بعض أحكامه، بأن "القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها، إنما تخاطب الكافة، وعلمهم بمحتواها مفـروض... ولا فكـاك مـن الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعادها"[2].

ومع ذلك، يلاحظ أن الرأي الغالب فقها وقضاء كما رصدناه، هو الداعي إلى تأكيد الطبيعة الاتفاقية لغرامة التأخير، وعدم إهدارها. ومن ثم فإن عدم النص عليها في العقد، يؤدي بحسـب ما أشار إليه (سليمان الطماوي) بقولـه: "إلـى عـدم جـواز سـعي الإدارة إلـى تطبيقهـا على المتعاقد"[3].

---

(1) ومن تلك النصوص: جاء في المادة (08) من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظـيم الصـفقات العموميـة في الجزائر ما يأتي: " من دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1968/01/06، مجموعة المكتب الفني، السـنة 13 بند رقم 50، ص 369.

ـ أردنا بالإشارة آنفة الذكر، الإيضاح فقط، وليس تأكيد وجهة النظر هذه، كما سيلاحظ القارئ لاحقا.

(3) الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 517.

ـ بشكل عام من المؤيدين لهذا الرأي: أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسـالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 346 ـ347. وكذا حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات الماليـة فـي العقـود الإدارية، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 65. وكذلك عزيزة الشريف، دراسـات فـي نظريـة العقـد الإداري، مرجع سابق، ص 163.

غير أن الأمر اختلف بعض الشيء في هذا الشأن، بالنسبة إلى دعاة هذا الـرأي فـي كـل من فرنسا ومصر. فبينما استقر الفقه والقضاء الفرنسي في هذه الحالة علـى تأكيـد الطبيعـة الاتفاقية لغرامة التأخير - على النحو المشار إليه - إلا أنهم أجازوا للإدارة أن تستعيض عنها بإجراءات جزائية أشد وأقسى لحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك حتى لـو لـم ينص العقد على هذه الإجراءات، لاسيما عند التأخير الجسيم في تنفيذ الالتزامات[1]. أمـا فـي مصر كما يقول (توفيق شحاتة): "لا يجوز الاستعاضة عن الجزاءات المنصوص عليها في العقد بغيرها"[2].

هذا، ولئن كان يلاحظ بهذا الشأن أن المسلك العام في اليمن هو أقرب لما هو عليـه فـي مصر فقها وقضاء، فإن المشرع اليمني من جانبه قد جعل من العقـود التـي تبرمهـا الإدارة المصدر الأساس في فرض غرامة التأخير ولا ينبغي مخالفـة ذلـك[3]، فـإن الأمـر كـذلك في الجزائر، حيث حسم المشرع الأمر بتأكيده على الطبيعة الاتفاقية لغرامة التأخير من خـلال النص صراحة علـى مـا يـأتي: "تقتطـع الغرامـات الماليـة التعاقديـة المطبقـة علـى

---

(1) لمزيد من المعرفة بصدد هذا المسلك، يرجى مراجعة: نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام في النظامين المصري والفرنسي"دراسة مقارنة"، رسالته لـدكتوراه مرجع سابق، ص 79 - 80.

(2) مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 27.

(3) جاء في المادة (07) من قانون المناقصات والمزايدات اليمني، ما يأتي: "تحدد عقـود المناقصـات ... والالتزامات العينية والنقدية من كل طرف وغرامات تأخير التنفيذ أو تأخير السداد وضمانات تنفيذ العقد". وقد جاء في المادة (114) من لائحته التنفيذية - سبق ذكرهـا - على أنه: "إذا تضمنت أحكـام العقـود غرامـة التأخير على غير ما جاء في هذه اللائحة، فيتم تطبيقها ولو خالفت أحكام هذه اللائحة". فـي تفاصـيل هـذا الموضوع وتطبيقاته في اليمن، يراجع: أحمد شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سـابق ص 214 وما بعدها؛ وقد أكد على الخاصية الاتفاقية لغرامة التأخير، من خلال النصوص التشريعية.

المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة، من الدفوعات التي تتم حسب الشـروط والكيفيـات المنصوص عليها في الصفقة"[1]، وهو الأمر الذي لم نجده بهذه الصيغة الواضحة في تشريعات الدول المقارنة الأخرى.

رأينا:

باختصار شديد، فإننا نميل إلى الرأي الأخير، ونرى في ذلك أن إغفال الإدارة عن الـنص صراحة في العقد على غرامة التأخير، إنما يعبر عن رؤيتها الخاصة وهي صاحبة المصـلحة بالدرجة الأولى. ومن ثم فإنها تتحمل المسؤولية كاملة في حالة ما إذا اتضح فيما بعد، أن ذلـك قد نتج عن إهمال وليس عن رؤية معينة، وذلك حتى في حالة التأخر الجسيم. ثم إن حق الإدارة في توقيع جزاءات أخرى مكفول لها بمقتضى القواعد العامة للجزاءات، وبضمنها حقهـا فـي الحصول على التعويض المناسب، إذا ما تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته، وكان العقد لم ينص على غرامة التأخير. وكما قال سابقا بهذا الشأن جيز(Jeze): "إن انعدام شـرط الغرامـة فـي نصوص العقد، لا يعني تنازل من الإدارة عن مدد التنفيذ المنصوص عليها، وعن جزاء عـدم الالتزام بها، ولكن يعني فقط أن النظام العادي للتعويضات هو ما يجب أن يطبـق فـي حالـة التأخير، وليس النظام الاستثنائي للتعويضات الجزافية "[2].

---

(1) المادة (78) من المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مصدر سبق ذكره.

ـ وقد جاء في المادة (08) منه، الآتي: "تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات وكيفيـات فرضـها". وكذلك فإن دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة ـ التي سبق ذكرها ـ جـاء في مضمون مادتها (36): إنه إذا ورد في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات علـى التـأخير، فيجـري تطبيقها. مما يعني فهمها في إطار التأكيد على طبيعة غرامة التأخير الاتفاقية.

(2) المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 300.

2 ـ **إنها تلقائية:**

ويترتب على كونها كذلك ما يأتي:

(أ) إنها "تطبق [بمجرد حصول التأخير] بمقتضى قرار إداري من دون حاجة إلى الالتجـاء إلى القضاء للحكم بتوقيعها"(1).

(ب) تستحق من دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أن ضررا ما قد أصـابها. وقـد جاءت أحكام التشريع في الدول المقارنة متوافقة مع أحكام وقواعد نظرية الجزاءات بهذا الشأن. علما بأن المشرع كان قد أشار بصدد ما إذا تجاوز الضرر ـ في حالة وقوعه ـ مقدار الغرامة المحددة، إلى حق الإدارة في الحصول على التعويضات المناسبة لذلك(2). كما أن العديـد مـن الأحكام القضائية قد عززت هذا المسلك بكل وضوح، وهو الأمر الذي نعتقد بصحته(3).

(ج) توقع بمجرد حصول التأخير ومن دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخـاذ أي إجـراء

---

(1) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 517.

ـ بهذا المعنى: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في1987/11/07، المجموعة، السنة 33، بند رقم 20، ص 151.

ـ ننوه في هذا الخصوص، إلى أنه يجب التفريق بين استحقاق الغرامة وبين المطالبة بها. فالاسـتحقاق فـي ذاته تلقائي بمجرد حصول التأخير ولا يجوز التنازل عنه. بينما المطالبة بهـا فعـلا فيعـود لتقـدير الإدارة ورغبتها من عدمها في إعفاء المتعاقد معها.

(2) ويعني ذلك عدم قدرة الإدارة برفع مقدار الغرامة في هذه الحالة، وإنما لها اقتضاء التعويضات.

ـ ينظر في التشريع المقارن على سبيل المثال: المادة (23) من قانون المناقصات والمزايـدات المصـري والمادة (94) من لائحته التنفيذية. وكـذلك المـادة (24) مـن قـانون المناقصـات والمزايـدات اليمنـي والمواد(112،110) من لائحته التنفيذية، مصادر سبق ذكرها.

(3) من الأحكام الحديثة للمحكمة الإدارية العليا المصرية، حكمها في 1993/06/29، الصادر عـن الـدائرة الثالثة في الطعن رقم 1295، السنة 34 ق، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء التاسع والأربعين، ص 215؛ الذي أكد فيه: "حق الإدارة بتوقيع غرامة التأخير بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر".

آخر. ويلاحظ أن إرادة المشرع في الدول المقارنة قد توافقت فيما بينها إلى حـد كبيـر بهـذا الخصوص. فالمشرع المصري نص على ذلك، وبهذه الصيغة الواضحة في محتوى المادة(23) من قانون المناقصات والمزايدات[1]، وكذلك المشرع اليمني بمقتضى المادة (110) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات[2]. أما في الجزائر فقد جاء في مضمون المادة (36) من دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات الأشغال العامة، أنه: إذا وردت في عقد الصفقة نصوص تتضمن عقوبات على التأخير، فيجري تطبيقها من دون إنذار سابق[3]. وكذلك الأمـر في فرنسا مع أن مجلس الدولة يشترط لذلك وجود نص في العقد يخول الإدارة توقيعها من دون إعذار مسبق[4].

ومن نافلة القول، إن هناك جانب من الفقه، كان قد نادى - ومازال - بضرورة الإعـذار قبل توقيع هذه الغرامة. ويرى الباحث في هذا الشأن، أن غرامة التأخير بخلاف بقيـة أنـواع الجزاءات، لا يشترط بالضرورة أن يتم الإعذار المسبق قبل توقيعها، وذلك بسبب أنها اتفاقيـة وقد حددت آجال محددة في العقد المبرم لاقتضائها، ومن ثم فإن علم المتعاقد بها قائم لا محالة. كما أن سير المرافق العامة ستتأثر بعملية التأخير. ولنا بذلك أن نتصور - في الـيمن كمثـال

---

(1) أشرنا إليها سلفا.

(2) أشرنا إليها سلفا.

(3) لمزيد من التعليق عليها، يمكن مراجعة: يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقـد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، بحثه للحصول علـى دبلـوم الدراسات العليا، مرجع سابق، ص 108،193،194.

(4) لمزيد من التفصيل - وعن الآراء الفقهية المختلفة - يرجى مراجعة: جيـز(Jeze)، المبـادئ العامـة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 306. وكذا هارون عبد العزيز الجمل، النظـام القـانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 148 - 150.

حي وواقعي - كم هي القضايا المنظورة أمام القضاء بصدد التأخير في تنفيذ المشروعات الاقتصادية بموجب العقود الإدارية - الآن - وهي في ظل إرادة المشرع على عدم ضرورة الإعذار المسبق، فما بالك لو لم تكن كذلك.[1]

ولابد لنا أن نوضح مسألة مهمة في هذا المقام، وهي أن تلقائية غرامة التأخير بنتائجها المتقدم بيانها، تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي المعروف في العقود المدنية. ذلك "أن الشرط الجزائي هو تعويض متفق عليه مقدما يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه فيشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام، من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الآخر، وإعذار للطرف المقصر، وصدور حكم به، وللقضاء أن يخفضه إذا ثبت أنه لا يتناسب والضرر الذي يلحق بالمتعاقد"[2]، وهذا ما لا نجده في غرامة التأخير. كما تختلف عن فوائد التأخير في ميدان القانون الخاص، كون الأخيرة تستلزم الإنذار المسبق لاستحقاقها حتى لو

---

(1) صدر عن القضاء اليمني العديد من الأحكام القضائية، التي أقرت بصحة اقتضاء الإدارة لغرامة التأخير من دون ضرورة الإعذار المسبق. وتتناول الصحف ما بين الحين والآخر عن وجود منازعات قضائية مازالت قائمة بصدد تطبيق الإدارة لغرامة التأخير من دون إعذار مسبق، لاسيما في عقود الأشغال العامة. ينظر على سبيل المثال لا الحصر: صحيفة (الأيام)، الصادرة يوم الاثنين 2002/09/02، العدد 3656 السنة 21، ص 06،01؛ وكذلك عددها 5126، السنة 26، يوم السبت 2007/06/23، ص07.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1960/09/21، الطعن رقم 61، السنة 02 ق المجموعة، السنة 05، بند رقم 136، ص 1321.

- في مفهوم وتعريف الشرط الجزائي، ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ...، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 851 وما بعدها. وكذا عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، بغداد، 1970، ص 32 وما بعدها. وفي علاقة الشرط الجزائي بغرامة التأخير يمكن مراجعة: حسين درويش عبد العال، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 26. وكذا زكي محمد النجار، حدود سلطات الإدارة في توقيع عقوبة الغرامة "دراسة تأصيلية للجزاءات الماليةوضوابط توقيعها في كل من النظام التأديبي والعقود الإدارية والقانون الإداري الجنائي"، مرجع سابق، ص 59 - 60.

تضمن العقد شرطا جزائيا عن التأخير[1]، بعكس الأولى التي تستحق بمجـرد انقضـاء المـدة المحددة في العقد، وهو الأمر الذي بيناه سلفا.

إضافة لذلك، ننوه إلى أن فوائد التأخير المنصوص عليها في المرسوم الرئاسـي المتعلـق بتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر[2]، أو كما يحلو للمشرع اليمني تسميتها بغرامـة تـأخير السداد[3]؛ تختلف عن غرامة التأخير - بالإضافة لما قد تم معالجته - من حيث إنهـا مقـررة لصالح المتعاقد مع الإدارة وليس الإدارة.

ونعتقد أن مجرى السياق يلزمنا بضرورة التعريج إلى موضوع الغرامة التهديدية وعلاقتها بغرامة التأخير؛ لا بل وعلاقتها بمجال العقد الإداري بشكل عام.

فبالنسبة للأولى(الغرامة التهديدية): عبرعنها المشرع الجزائري - على سبيل المثال - في

---

(1) الجدير بالذكر، أننا لاحظنا أحكاما حديثة - وإن كانت قليلة ونادرة - قد صدرت عن مجلـس الدولـة المصري، قضت بإمكانية تطبيق فوائد التأخير لصالح الإدارة استنادا لمواد القانون المدني في مجال العقـود الإدارية، لاسيما المواد(226،227،228) من القانون المدني المصري. ومن تلك الأحكام، حكـم المحكمـة الإدارية العليا الصادر عن الدائرة الثالثة، جلسة 1997/03/04، الطعن رقم 3378، السنة 38 ق، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء التاسع والأربعين، ص 100. وهو الأمر الذي لم نلحظه في بقية الأقضية، أو علـى الأقل لم نصادفه.

(2) في المادة (77) من هذا المرسوم، مصدر سبق ذكره.

- يشير بعض الباحثين، إلى أن النص عليها في هذا المرسوم، إنما هو ضـمانة إضـافية وتعـويض عـن الضرر، نص المشرع عليها لصالح المتعامل المتعاقد مع الإدارة. ونرى صحة ما ذهب إليه هذا الرأي. ينظر على سبيل المثال: لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العموميـة المرسـوم الرئاسـي رقـم 02 - 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرتها للماجستير، مرجع سابق، ص 72.

- من أحكام مجلس الدولة الجزائري بصدد فوائد التأخير المقررة لصالح المتعاقد، ينظر: حكمه الصادر عن الغرفة الأولى، جلسة 2003/4/15، المنشور في مجلة المجلس، العدد 04، 2003، ص 71-73.

(3) وذلك في المادة (113) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني، مصدر سبق ذكره.

القانون المدني، بأنه[1]: "إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام المـدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك. وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة". علما بأن هذا النص كان قد تطابق تماما مـع ما جاء في نصوص التشريع المدني للدول المقارنة الأخرى[2]. وهكذا فإن هذا النص يوضح لنا أن الغرامة التهديدية تطبق عند امتناع المدين عن تنفيذ التزاماته عينا، كما أنها من قبيل السلطة التقديرية للقاضي، الذي يفرضها عند امتناع المدين عن تنفيذ التزاماته وبطلب من الدائن[3].

بينما الثانية (غرامة التأخير): عبارة عن مبالغ مدرجة مقدما في العقد أو دفتـر الشـروط تفرضها الإدارة تلقائيا عند انقضاء المدة المحددة، ومن ثم لا يستطيع القاضـي تخفيضـها، أو الإعفاء منها؛ وهو الأمر الذي يؤكده الفقه في غالبيته.[4]

أما بخصوص إمكانية تطبيق الغرامة التهديدية في مجال العقد الإداري، فقد انقسم الفقه على

---

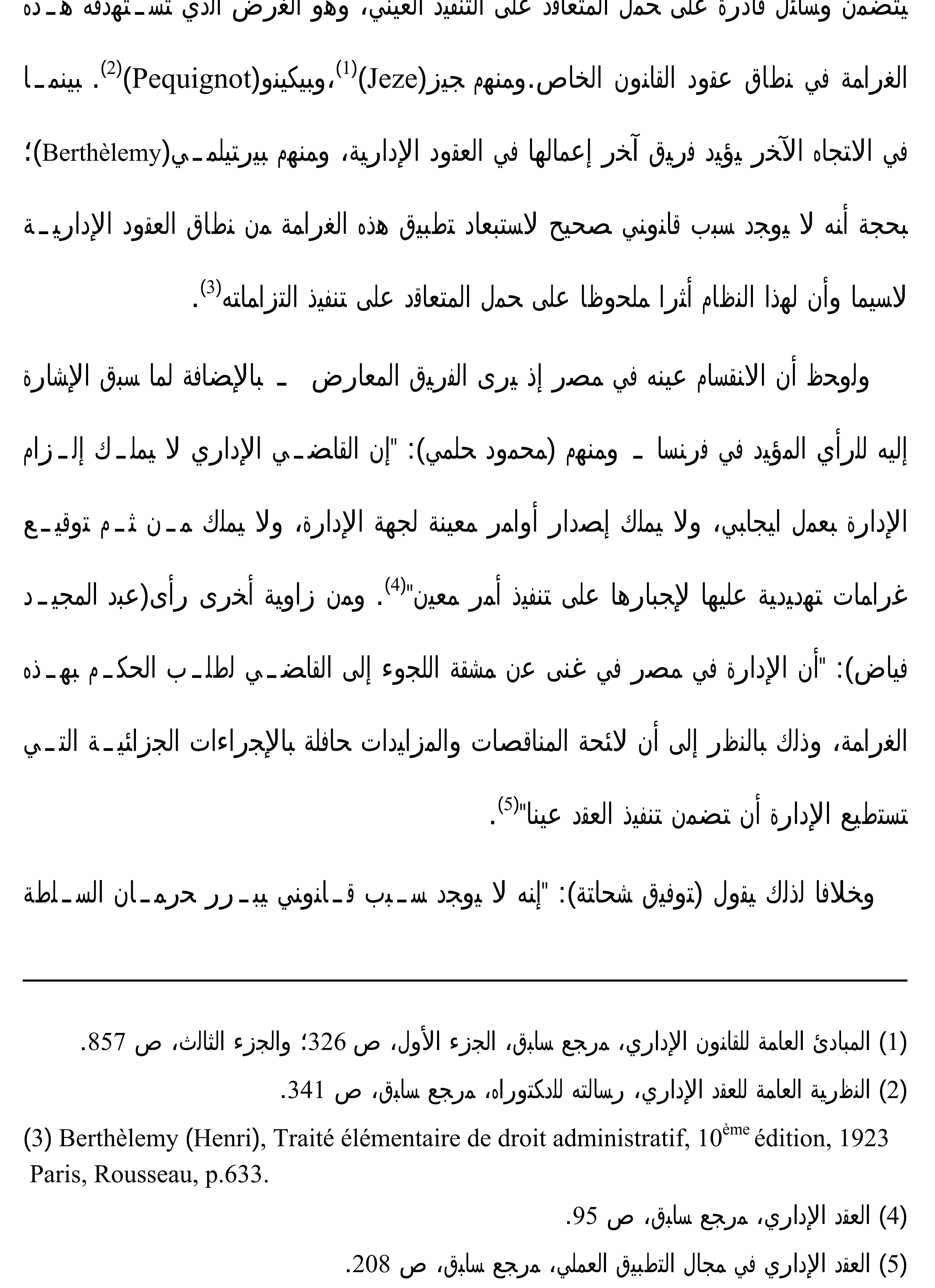
(1) المادة (174) من القانون المدني الجزائري، مصدر سبق ذكره.

(2) المادة(213)من القانون المدني المصري،والمادة(346)من القانون المدني اليمني،مصدران سبق ذكرهما.

(3) يراجع في تعليق فقه القانون الخاص على هذه المادة، والغرامة التهديدية بصفة عامة، ومنها نذكر: محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، الجزء الأول، الالتزامات، ص 778 ـ 779.

(4) للاستزادة يمكن مراجعة: أحمد رفعت خفاجي، "طبيعة الغرامة التعاقدية في العقود الإدارية"،مقال منشور في **مجلة المحاماة المصرية**، 1956، السنة 36، العدد 10، ص 1638 ـ 1639. وكذا رياض عبد عيسـى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة"دراسة مقارنة"، مذكرته للماجستير، مرجع سابق ص 297 ـ 299.

ـ كذلك صدرت عن القضاء الإداري أحكام عديدة بهذا المعنى، ومنها نشير إلى: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1962/03/31، الطعن رقم 1889، السنة 06 ق، المجموعة، السنة 07، بند رقم 54 ص 528.



نفسه. ففي فرنسا، يعارض بعض الفقهاء تطبيقها، على أساس أن نظام الجزاءات في هذه العقود يتضمن وسائل قادرة على حمل المتعاقد على التنفيذ العيني، وهو الغرض الذي تستهدفه هذه الغرامة في نطاق عقود القانون الخاص.ومنهم جيز(Jeze)[1]،وبيكينو(Pequignot)[2]. بينما في الاتجاه الآخر يؤيد فريق آخر إعمالها في العقود الإدارية، ومنهم بيرتيلمي(Berthèlemy)؛ بحجة أنه لا يوجد سبب قانوني صحيح لاستبعاد تطبيق هذه الغرامة من نطاق العقود الإدارية لاسيما وأن لهذا النظام أثرا ملحوظا على حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته[3].

ولوحظ أن الانقسام عينه في مصر إذ يرى الفريق المعارض - بالإضافة لما سبق الإشارة إليه للرأي المؤيد في فرنسا - ومنهم (محمود حلمي): "إن القاضي الإداري لا يملك إلزام الإدارة بعمل ايجابي، ولا يملك إصدار أوامر معينة لجهة الإدارة، ولا يملك من ثم توقيع غرامات تهديدية عليها لإجبارها على تنفيذ أمر معين"[4]. ومن زاوية أخرى رأى(عبد المجيد فياض): "أن الإدارة في مصر في غنى عن مشقة اللجوء إلى القاضي لطلب الحكم بهذه الغرامة، وذلك بالنظر إلى أن لائحة المناقصات والمزايدات حافلة بالإجراءات الجزائية التي تستطيع الإدارة أن تضمن تنفيذ العقد عينا"[5].

وخلافا لذلك يقول (توفيق شحاتة): "إنه لا يوجد سبب قانوني يبرر حرمان السلطة

---

(1) المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 326؛ والجزء الثالث، ص 857.

(2) النظرية العامة للعقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 341.

(3) Berthèlemy (Henri), Traité élémentaire de droit administratif, 10ème édition, 1923 Paris, Rousseau, p.633.

(4) العقد الإداري، مرجع سابق، ص 95.

(5) العقد الإداري في مجال التطبيق العملي، مرجع سابق، ص 208.

العامة من تطبيق وسيلة إكراه قوية الأثر مثل الغرامة التهديدية إزاء المتعاقدين معها"[1].

أما في الجزائر، فيبدو أن بعض أحكام مجلس الدولة التي قرر فيها عدم اختصاصه كمبـدأ عام بالنظر في المسائل الإدارية المتعلقة بالغرامة التهديدية[2]، لم ترق لبعضهم.

وفي ذلك يقول (رمضان غناي): "لم يستبعد المجلس سلطة القاضي الإداري فـي تقريـر الغرامة التهديدية فحسب؛ بل استبعدها كذلك بالنسبة إلى المتعاقدين معها. هذا الموقف الرافض من شأنه الإضرار بمصالح الإدارة عندما لا تملك الإدارة الوسائل القانونيـة اللازمـة لإكـراه المتعاقدين معها على تنفيذ التزاماتهم"[3].

رأينا:

أنه ليس ثمة ما يحول من تطبيق الغرامة التهديدية في مجال العقود الإدارية، لاسيما إذا لم يتضمن العقد أو دفتر الشروط إجراءات محددة تقوى لوحدها على ضمان سير المرفـق العـام وكان المتعاقد مستمرا في عناده على عدم تنفيذ التزاماته. آخـذين بعـين الاعتبـار أن العقـد الإداري عقد رضائي بطبيعته، ومن ثم ليس ثمة ما يمنع من تطبيق المبـادئ العامـة لعقـود

---

(1) مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 131.

- ومن أنصار هذا الرأي كذلك: حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقـود الإداريـة، رسـالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 89. وكذا زكي محمد النجار، حـدود سـلطات الإدارة فـي توقيـع عقوبـة الغرامة"دراسة تأصيلية للجزاءات المالية وضوابط توقيعها في كل من النظـام التـأديبي والعقـود الإداريـة والقانون الإداري الجنائي"، مرجع سابق، ص 97 - 98.

(2) حكم المجلس الصادر عن الغرفة الخامسة، جلسة 2003/04/08، منشور في مجلة المجلس، العـدد 03 2003، ص 177 - 178.

(3) عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية "تعليق على قـرار مجلـس الدولـة الصـادر بتـاريخ 2003/04/08 ملف رقم: 014989 "، مقاله، مرجع سابق، ص 160.

القانون الخاص، التي تفترض أن يتم تطبيق الغرامة التهديدية من قبل القضاء وليس الإدارة.

ثم إن القول بإن القضاء الإداري لم يقض بذلك، قول مردود عليه. "إذ إن مجلـس الدولـة الفرنسي قد قضى في أحكام حديثة له بإمكانية تطبيق الغرامة التهديديـة فـي مجـال العقـود الإدارية، متحرر بذلك من القيود التي فرضها على نفسه في وقت سابق. وعليه "أصبح قـادرا على تسليط الغرامة التهديدية على المتعاقدين مع الإدارة"(1).

وكذلك في مصر، حيث لاحظنا مجلس الدولة في أحكام حديثة له قد اعترف لنفسـه بحـق فرض الغرامة التهديدية على المتعاقدين مع الإدارة بخلاف ما كان سائد فيما مضى. وهو الأمر الذي يؤكد إمكانية تطبيق الغرامة التهديدية في مجال العقد الإداري. وهو في ذلـك يقـول:"إن التهديد المالي لحث المدين على الوفاء بالتزاماته التعاقدية هو من الأمور الجائزة فـي مجـال العقود الإدارية"(2).

(1) رمضان غناي، عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية "تعليق على قرار مجلس الدولة الصـادر بتاريخ 2003/04/08 ملف رقم : 014989"، مقاله، مرجع سابق، ص 166 ـ 167؛ علما بأنه اسـتعرض العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي بصدد الغرامة التهديدية.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر في 1987/12/12، الطعن رقم 245، السـنة 27 ق، مجموعـة الأربعين عاما، ص 487.

الفرع الثاني

احتساب غرامة التأخير والإعفاء منها

غالبا ما يتم النص على غرامة التأخير في العقود الإدارية أو فـي ملحقاتهـا، ذلـك أنهـا رضائية بطبيعتها القانونية. ومع ذلك تضمنت التشريعات المنظمة للعقـود الإداريـة، لاسـيما تشريعات المناقصات والصفقات العمومية، العديد من النصوص القانونية التي تتكفل بمعالجـة تقديرها واحتسابها. وليس ذلك فحسب؛ وإنما نظمت - أيضا - الكيفية التي من خلالها يمكـن للإدارة إعفاء المتعاقد معها من توقيع هذه الغرامة عليه.

ونعتقد أن أهمية اهتمام المشرع بالنص عليها في هذه التشريعات وتلك، إنما تكمـن فيمـا يمكن أن تقدمه هذه النصوص من عون في أثناء تطبيقات الواقع العملي، لاسيما عنـد إغفـال الأطراف المتعاقدة تحديد نسبها، وحالات الإعفاء منها في العقود المبرمة بينهم.

وتأسيسا على ذلك، نرى أن نوضح ذلك من خلال الآتي:

أولا: تقدير غرامة التأخير

مما يمكن قوله مقدما، إن الكيفية التي تمت بها معالجة احتساب غرامة التأخير، قد اختلفـت فيما بين الدول المقارنة. ففي مصر أهتم المشرع على تحديد مقدارها في قـانون المناقصـات والمزايدات، وذلك بقوله: "لا يجاوز مجموعها(03%) من قيمة العقـد بالنسـبة إلـى شـراء المنقولات وتلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنيـة، و(10%) بالنسـبة إلـى مقاولات الأعمال والنقل"(1)، علما بأن المادة (83) من لائحته التنفيذية كانت قد فصـلت ذلـك

---

(1) المادة (23) منه، مصدر سبق ذكره.

بالنسبة إلى عقود مقاولات الأعمال، وفي المادة (94) منها فيما يتعلق بعقود التوريد.

أما في الجزائر، فقد اكتفى المشرع في المرسـوم الرئاسـي المتعلـق بتنظـيم الصـفقات العمومية، بإحالة الأمر إلى دفاتر الشروط المختلفة. وقد جاء بهذا الصدد ما يأتي: "تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات وفرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشـروط"[1]، وأضـاف بأن "توضح دفاتر الشروط المحينة دوريا الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات"[2]، واستلزم أن تتضمن هذه الدفاتر على "نسب العقوبات المالية وكيفيات حسـابها"[3]، ومـن ثـم "تقتطـع الغرامات المالية التعاقدية على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة"[4]. وهكذا فإن هـذا المرسوم لم يحدد مقدارها.

وفي اليمن، تصدت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات لذلك تفصـيلا، وذلـك بقول المشرع: "إذا تأخر المقاول أو المورد أو المتعهد في تنفيـذ الأعمـال أو التوريـدات أو الخدمات المتعاقد عليها في المواعيد المحددة بالعقـد تحسـب غرامـة تـأخير فـي الشـهر الأول (07.5%) من قيمة البنود التي لم يتم تنفيذها ... بعد ذلك (04%) لكل شهر بحيـث لا يتجاوز مجموع الغرامة عن (15%) من إجمالي قيمة العقد"[5].

---

(1) المادة (08) من المرسوم، مصدرسبق ذكره.

(2) المادة (09) منه.

(3) المادة (50) منه.

(4) المادة (78) منه.

- علما بأنه جاء في المادة (74) من هذا المرسوم، ما يأتي:" تسـتهدف التسـوية علـى رصـيد الحسـاب المؤقت... اقتطاع ما يأتي...الغرامات المالية التي تقع على عاتق المتعاقد عند الاقتضاء".

(5) المادة (112) من هذه اللائحة، مصدرسبق ذكره.

وجدير بالإشارة أن اختلاف طريقة احتساب غرامة التأخير في الدول المقارنة، والكيفية التي رأى من خلالها المشرع أنه يمكن اقتضاؤها، لم تمنع من اتفاق المشرعين في هذه الدول على قواعدها العامة؛ لاسيما من حيث إنه لا يمكن للإدارة المطالبة بأكثر من المبلغ المحدد للغرامة. وكذا من حيث إنه يحق للإدارة اقتطاعها من مستحقات المتعاقد التي على عاتقها وكذلك تقديم النص التعاقدي على النص التشريعي إذا جاء الأول بخلاف الثاني.

ثانيا: الإعفاء من غرامة التأخير

لوحظ أن أحكام وقواعد الإعفاء من غرامة التأخير، جاءت متناغمة في الدول المقارنة وكأنها مشكاة واحدة. وذلك على الأصعدة كافة، فقها[1]، وقضاء[2]، وتشريعا[3]. وعليه تقرر

---

(1) ينظر في الفقه: بيكينو(Pequignot)، النظرية العامة للعقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق ص 327. وكذا أحمد شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 215. أحمد محيو محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص 248 ـ 250. حسين درويش، الجزاءات المالية في العقود الإدارية مقاله، مرجع سابق، ص 27. زكي محمد النجار، حدود سلطات الإدارة في توقيع عقوبة الغرامة "دراسة تأصيلية للجزاءات المالية وضوابط توقيعها..."، مرجع سابق، ص 61. شابو جمال الدين ومنصوري بشير الصفقات العمومية، الجزائر، وزارة التربية الوطنية، 1997، ص 14 وما بعدها.عبد العليم عبد المجيد مشرف، الوجيز في القانون الإداري "دراسة مقارنة"، الجزء الثاني، مرجع سابق،ص312ـ313. وكذلك محمد أنس جعفر وعبد العظيم عبد السلام، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص 266.

(2) من أحكام القضاء: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1994/11/29، الطعن رقم 3683، السنة 36 ق، مجموعة الأربعين عاما، ص 491. وكذا حكم المحكمة العليا في الجزائر بتاريخ 1968/12/13 الذي خفضت في ظله المحكمة نسبة غرامة التأخير، نظرا لمسؤولية الإدارة جزئيا عن التأخير، أورده أحمد محيو، المرجع عينه المذكور أعلاه، الصفحة رقم 248. وفي اليمن، حكم حديث للمحكمة العليا بصدد عقد من عقود الأشغال العامة، تم بموجبه إعفاء إحدى شركات الطرق من غرامة التأخير، نظرا لتسبب جهة الإدارة في التأخير، يراجع في تفاصيل ذلك صحيفة(الزاجل) الصادرة في 2007/08/07، العدد 91، ص 08 ـ 09؛ وكل تلك الأحكام تضمنت إعفاء المتعاقد من الغرامة التأخير.

(3) يراجع في التشريع المقارن: النصوص والمواد التشريعية التي ذكرناها في هذا المطلب سلفا.

إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير في الحالات الآتي ذكرها:

1 ـ إذا ثبت أن تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية راجع إلى قـوة قـاهرة خارجـة عن إرادته.

2 ـ إذا كانت جهة الإدارة هي المتسببة الوحيدة في تأخير تنفيذ الالتزامات التي تقـع علـى عاتق المتعاقد معها.

3 ـ إذا قدرت الإدارة أن تأخير المتعاقد معها عن تنفيـذ التزاماتـه التعاقديـة، لـم يلحـق بالمصلحة العامة أي ضرر.

4 ـ إذا طلب المتعاقد رسميا من الإدارة إعطاءه مهلـة إضـافية، ووافقـت جهـة الإدارة المختصة على ذلك من دون أي تحفظ.

ونلفت النظر إلى أن الإعفاء من غرامة التأخير، إنما تقرره الظروف والمعطيات التي تطرأ في أثناء تنفيذ العقد، وليس على أساس الاتفاق المسبق.

وعطفا عليه، يشير القضاء الإداري بهذا الصدد ـ تباعا ـ إلى أنـه "لا يجـوز الإعفـاء المسبق من غرامة التأخير ضمن شروط التعاقد"[1].

(1) فتوى صادرة عن قسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري، رقـم 106 بتـاريخ 1992/01/22 مجموعة الأربعين عاما، ص 548.

المطلب الثاني

مصادرة التأمين

مما لاشك فيه، أن مصادرة التأمين كأحد الجزاءات ذات الطابع المالي، التي توقعها الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري، على المتعاقد المقصر عن تنفيذ التزاماته، بات من الأمور المسلم بها في النظرية العامة للعقود الإدارية، وذلك على الأصعدة كافة.[1]

وجزاء مصادرة التأمين في مادة العقود الإدارية، تحكمه جملة من الأحكام والقواعد القانونية، التي ينفرد بها النظام العام للجزاءات عن غيره من الأنظمة القانونية. وتأسيسا عليه يمكننا معالجته من خلال الآتي:

أولا: تعريف مصادرة التأمين

بشكل عام، يعرفه الفقه بأنه عبارة عن: "مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة، تتوقى بها الأخطار التي يرتكبها المتعاقد بصدد تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها ملاءته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره"[2]، وهو الأمر الذي أكده القضاء الإداري في أحكامه[3].

وفي هذا الاتجاه، نظم المشرع في القوانين الحديثة المتعلقة بالعقود الإدارية أحكام هذا

---

(1) بهذا المعنى: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في 1964/02/22، طعن رقم 1316 السنة 07 ق المجموعة، السنة 09، بند رقم 54، ص 648.

(2) عبد ا طلبه، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق،1992ـ1993، ص335. وكذا مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، مرجع سابق، ص 97.

ـ من نافلة القول، إن الكثير من المؤلفات القانونية، تنسب هذا التعريف لمؤلفيها. ومع ذلك لا يهمنا من هذا سوى أن هذا الجمع قد اتفق على مضمون وحرفية هذا التعريف.

(3) ومنها: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1965/01/02، طعن رقم 34، المجموعة السنة 10، ص 313؛ وحكمها الحديث الصادر في 1991/07/07، الطعن رقم 219، السنة 33 ق.

الجزاء، من خلال النصوص التي تطرقت إلى تعريف نوعي التأمين وأحكامهما، وآثارهما.

ولاحظنا في هذا السياق، أن إرادة المشرع في الدول المقارنة، جاءت منسجمة مع تقرير حق الإدارة في توقيع جزاء مصادرة التأمين، وفي تناول التأمين بنوعيه، والأثر الذي يترتب عليهما.

فبالنسبة إلى النوع الأول (التأمين الابتدائي أو المؤقت) أو كما اسماه المشرع الجزائري بكفالة التعهد[1]، فإنه عبارة عن نسبة محددة من قيمة العطاء (موضوع التعاقد)، وهو ما يستدل به على جدية المتقدم للعطاء. وترفض أية عطاءات لا يقدم صاحبها هذا التأمين. علما بأن المتعاقد يتقدم إلى أحد البنوك المعتمدة من قبل البنوك المركزية في الدول المقارنة - أو في غيرها - ويتحصل بذلك على الكفالة البنكية التي تؤمن له التأمين المؤقت. علما بأن المشرع قد شدد على ضرورة أن يرد مبلغ التأمين المؤقت في حالة عدم قبول العطاء مباشرة ومن دون طلب.

---

(1) يراجع في ذلك: المواد (45،40) من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر. والمواد (24،07) من قانون المناقصات والمزايدات اليمني، والمواد (156،153،65،56،54) من لائحته التنفيذية. والمادة (17)من قانون المناقصات والمزايدات المصري، والمواد(70،60)من لائحته التنفيذية؛ حيث تطرقت كل تلك المواد إلى تنظيم التأمين الابتدائي.

- ومن نافلة القول، إنه في الواقع العملي قد نشأت بعض الإشكالات فيما يتعلق بوضعية الضمان البنكي الصادرة عن البنوك التي تتعامل مع البنك المركزي وذلك في حالة الإفلاس. ففي اليمن، أفلس (البنك الوطني) مؤخرا، وكان قد أصدر ضمانات بنكية بصدد بعض عقود الأشغال العامة، ونشأت بذلك بعض المنازعات القضائية نظرا لتراجع الإدارة عن قبول هذه الضمانات.

ويبدو الأمر كذلك في الجزائر؛ نظرا لإفلاس بعض البنوك كبنك (الخليفة)، يراجع بذلك: لوز رياض دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرتها للماجستير، مرجع سابق، ص 61.

أما التأمين النهائي فلم نجد له تعريفا واضحا في التشريع المقـارن. ومـع ذلـك يمكننـا استخلاص رؤية المشرع المقارن بصدد مضمون التأمين النهائي من خلال النصوص المتعلقـة به، وذلك بأنه: ما يلزم أن يقدمه صاحب العطاء المقبول خلال مدة معينة، تبدأ من يوم إخطاره بقبول عطائه، ويقدر بنسبة معينة من مجموع قيمة الأصناف والأعمال، وذلـك لضـمان قيـام المتعاقد بتنفيذ التزاماته طبقا لشروط العقد ومواعيده. هذا، ويلاحظ أن المشرع المقارن يرتـب على عدم التزام المتعاقد بتقديم التأمين النهائي في المدة المحددة، إلغاء العقد أو تنفيذه بواسـطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب ذلك بالنسبة لأولويات الإدارة. ويؤول التأمين المؤقت في هذه الحالات إلى الإدارة. وبصفة عامة يصبح التأمين النهائي حق لـلإدارة توقعـه كجزاء، في جميع حالات فسخ العقد، أو حالة تنفيذ العقد على حساب المتعاقد. كما يكون لها أن تخصم منه ما تستحقه من مبالغ تكون على عاتق المتعاقد.

غير أن المشرع المقارن، أعطى للمتعاقد الذي ألتزم بتنفيذ التزاماته، الحق فـي اسـترداد التأمين النهائي عند التسليم النهائي لموضوع العقد. علما بأنه يجوز تكملة قيمة التأمين النهـائي الذي يقع عليه جزاء المصادرة - في الأصل - من قيمة التأمين المؤقت. كما أعفى المشـرع المتعاقد من تقديم التأمين النهائي في حالة قيامه بتنفيذ التزاماته خلال المـدة المحـددة لتنفيـذ الصفقة، لاسيما في عقود التوريد.

ومع ذلك لا ينبغي أن يفهم قولنا المتقدم على أساس أن تشريعات الدول المقارنة، قد تطابقت تماما بالنسبة لمبادئ وأحكام جزاء مصادرة التأمين. ذلك أنها حفلت ببعض الاختلافات، التـي لا نرى - في الواقع - أنها أثرت في جوهر مصادرة التأمين، كأحد الجزاءات المالية التـي تتمتع بها سلطة الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية. ومن ذلك مثلا، جاءت النسب المقـررة



للتأمين سواء المؤقت منه أو النهائي، مختلفة في كل منها. فهي في التشـريع اليمنـي لا تقـل عن (02.5%) بالنسبة إلى التأمين المؤقت، وعن (10%) في عقود الأعمـال و (15%) فـي عقود التوريدات والخدمات والتعهدات وغير ذلك، بالنسبة إلى التأمين النهائي. وفـي الجزائـر لا تقل عن (01%) في صفقات الأشغال واللوازم بالنسبة إلى كفالة التعهـد، ومـابين (05%) و(10%) من مبلغ الصفقة بالنسبة لكفالة حسن التنفيذ. وفي مصـر، لا تتجـاوز (02%) مـن القيمة التقديرية للعطاء بالنسبة إلى التأمين المؤقت، وما يكمل التأمين المؤقت إلى مـا يسـاوي (05%) من قيمة العقد بالنسبة للتأمين النهائي، وغير ذلك من الأمور.

ونود أن نشير هنا إلى مسألة مهمة في هذا السياق، وهي أنه يجب التفرقة بـين مصـادرة التأمين كجزاء، وبين الكفالات الأخرى التي نظمتها هذه التشريعات، مثل كفالة رد التسـبيقات وكفالة الضمان. إذ إنها ضمانات أخرى نص عليها التشريع المقارن، وأحكامهما تختلف عما هو في النظام القانوني المتعلق بتنظيم جزاء مصادرة الإدارة للتأمين[1].

---

(1) علما بأن مصادرة التأمين جاء ذكرها في التشريع المقارن - بالإضافة لما أشرنا إليه سلفا - كما يأتي: المواد (26،22،21،20،19،18) من قانون المناقصات المصري، والمواد (94،89،85،84،77،73،72،71) من لائحته التنفيذية. وكذا المواد (99،88،87،86،85،84،82،80،75،74،50،42) من المرسوم الرئاسـي المنظم للصفقات العمومية في الجزائر، وكذلك المواد (48،07) من دفتر الشروط الإدارية العامـة المطبقـة على صفقات الأشغال العامة في الجزائر. وكذلك المواد (115،110،109،65،60،59،58،57،51،34) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات اليمني. للتعليق على هذه المواد بصفة عامة، يراجع: أحمد شـرف الـدين الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 215 - 220. وكذا عبد العليم عبد المجيـد مشـرف فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربيـة، القـاهرة، 2003 ص 34 - 38. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المشـاكل العمليـة والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 168 وما بعدها. لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 02 - 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرتها

ثانيا: خصائص جزاء مصادرة التأمين

وأهمها "أن الإدارة تتمتع به، حتى لو لم ينص عليه صراحة في العقد، إذ إنه مما يتضـمنه النظام القانوني للعقد الإداري"[1]؛ فمن غير المتصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حـق مصادرة التأمين[2]. ومصادرة التأمين يتم بموجب قرار إداري تصدره الجهة الإدارية المختصة عن "طريق التنفيذ المباشر من دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مسـبقا، ولا تملـك الإدارة التنازل عن هذا الامتياز في دائرة جزاءات العقد الإداري"[3]. ذلك أن سلطتها في هـذا الشـأن سلطة تقديرية تنأى عن الرقابة القضائية، إلا إذا كانت مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة. كما أن الإدارة لا تلزم حينما تتخذ قرار المصادرة "بإثبات أن ضررا ما قد أصابها"[4]، فيكفي بذلك

= للماجستير، مرجع سابق، ص 61 وما بعدها. وكذلك يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، بحثه لدبلوم الدراسات العليا، مرجع سابق، ص 110 ـ 192،113 ـ 194.

(1) محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري "المقومات والإجراءات والآثار"، مرجع سابق، ص 318.

وكذا حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1985/02/05، طعن رقـم 1772، السـنة 29 ق المجموعة، السنة 30، الجزء الأول، بند رقم87، ص 565 ـ 566.

(2) من أحكام القضـاء الإداري بهـذا المعنـى: حكـم محكمـة القضـاء الإداري المصـرية، الصـادر في 1957/11/17 المجموعة، السنة 12، ص 18. وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصـادر فـي 1965/01/02، الطعن رقم 1289، المجموعة، السنة 10، ص 313.

ـ ومعلوم أنه في واقع العمل التطبيقي لا يخلو عقد إداري من ضمانة التأمين ـ ولم نصادف خلاف ذلـك البتة ـ وعليه تقع المصادرة، وذلك في حالة إخلال المتعاقد بالالتزامات المقررة عليه.

(3) دي لوبادير (De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 136.

ـ علما أن المشرع المقارن قد نص على ذلك صراحة، ويمكن بذلك مراجعة المواد القانونية المذكورة سلفا.

(4) خالد خليل الظاهر، القانون الإداري "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 264.

ـ جاء في حكم لمحكمة الإدارية العليا المصرية: "ولا يشترط حصول الضرر"؛ حكمها فـي 1987/11/07 لسنة 27 ق، المجموعة السنة 33، الجزء الأول، بند رقم 20، ص 151؛ وكذلك جاء في التشريع المقارن.

أن يتخلف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في المواعيد المحددة، طبقا لشروط العقد.

وبالبناء على ذلك، يحق لنا الاستنتاج بأنه لما كان قد تأكد قضاء وفقها "أن التكييف القانوني للتأمين النهائي، هو شرط جزائي يحدد مقدما باتفاق الطرفين على قيمة التعويض عند الإخـلال بشروط التعاقد"[1] ما يعني أنه تعويض اتفاقي؛ فإنه مع ذلك يختلف ـ من دون أدنى شك ـ عن التعويض الاتفاقي في قواعد القانون الخاص، من حيث إن الإدارة توقعه بنفسـها، ومـن دون اللجوء إلى القضاء، وذلك حتى لو لم يكن ثمة ضرر قد لحقها نتيجة لعدم تنفيذ الطرف الآخـر لالتزاماته. كما أنه وإن كان يتفق تماما في هذا الحكم مع غرامة التأخير؛ إلا أنه يختلف عنهـا في أن الأخيرة ـ كما سبق لنا أن بينا ـ تعد تعويضا جزافيا يحدد مقدما في العقد تحديدا نهائيا لا يجوز معه لأي من المتعاقدين المساس به. بينما التأمين يمثل الحد الأدنى للتعـويض الـذي يحق للإدارة اقتضاؤه، ولا يمثل الحد الأقصى. مما يعني استقلال فكرة مصادرة التـأمين عـن التعويض، ومن ثم أجاز القضاء للإدارة الجمع بينهما وفقا لشروط محددة.

ثالثا: الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض

اتجهت أحكام القضاء الإداري في بداية الأمر إلى عدم جواز الجمع بين مصادرة التـأمين والتعويض، وذلك على أساس أنه لا يحق للإدارة أن تجمع بين أكثر من تعويض، وقد وجد لهذا المسلك تأييد من قبل جانب من الفقه، لاسيما في فرنسا ومصر.[2]

---

(1) جيز(Jeze)، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص 122.

وهو الأمر الذي أخذ به مجلس الدول المصري في أحكامه؛ ومنها: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1961/04/22، طعن رقم 834، لسنة 07 ق، المجموعة، السنة 08، بند رقم 103، ص 1102.

(2) يراجع في هذا المسلك: نصر الدين بشير، غرامة التأخير...، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 306.

غير أنه لوحظ، أن هذا المسلك قد عدل لاحقا. فصدرت أحكام قضـائية قضـت بإمكانيـة الجمع بينهما، وذلك عند توفر الشروط الآتية:

1 ـ ألا يكون قد حضر في العقد أو دفتر الشروط على جواز الجمع بين جزائـي مصـادرة التأمين والتعويض.

2 ـ أن يكون الضرر الذي أصاب الإدارة فعلا قد تجاوز قيمة التأمين النهائي المحدد سـلفا في العقد أو دفتر الشروط.

ونرى في ذلك، أن الاتجاه الحديث لمسلك القضاء الإداري، يتناسب مع مقتضيات العدالـة والاعتبارات العملية؛ حيث إنه من غير الطبيعي أن يكون الضرر الفعلي الذي أصاب الإدارة قد تجاوز التعويض الاتفاقي (التأمين النهائي) وتحرم الإدارة من اقتضاء التعويضات الحقيقية التي تجبر هذا الضرر، ثم إن مبلغ التأمين ما هو إلا الحد الأدنى من التعويض المتفق عليه، ولـيس الحد الأقصى، ضف إلى ذلك أن التشريع المقارن في محتوى نصوصه أجاز ذلك[1].

ومن ناحية أخرى، فإن رجوع الإدارة بالتعويضات الأخرى على المتعاقد المقصر في حالة عدم كفاية مبلغ التأمين لا يستند إلى أحكام العقد ـ كما قال بذلك بعض الفقـه ـ وإنمـا إلـى المبادئ القانونية العامة، أي "إلى أحكام القانون الخاص، التي تقضي بأن كل خطأ ترتب عليـه ضرر يلزم من ارتكبه بالتعويض، وهـذه القواعـد لا تتعـارض مـع فكـرة التـأمين فـي العقود الإدارية "[2].

---

(1) يراجع في ذلك: نصوص التشريع المقارن، المذكورة سلفا.

(2) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقـود الإداريـة، رسـالته للـدكتوراه، مرجـع سـابق ص 349 ـ 352.

المطلب الثالث

اقتضاء التعويض

أولا: تعريفه وخصائصه

يجمع غالبية فقه القانون العام على تعريف التعويض بأنه عبارة عن: "المبالغ التـي يحـق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها، إذا أخل بالتزاماته التعاقدية حالة سكوت العقـد أو دفـاتر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامات، لمواجهة هذا الإخلال"[1].

مما يعني، أن التعويض هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلـك إذا لـم ينص العقد على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال[2]. ومن خصائصه أنه يهدف إلـى جبـر الضرر الذي تتعرض له الإدارة نتيجة تقصير الطرف الآخر. وذلك على العكس من الجزاءات المالية الأخرى على النحو المشار إليه سلفا. كما أن التعويض كمبدأ عـام "لا يكـون محـددا ومقدرا مقدما في العقد، وإلا أصبح في حكم الغرامات"[3]. والقول بغير ذلك، مخـالف لقواعـد وأحكام نظرية الجزاءات في العقود الإدارية[4]

ويستتبع القول،إن أحكام التعويض في العقود الإدارية، تقترب من فكرة التعويض في قواعد

---

(1) دي لوبادير (De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 145. وكـذا حسـان عبدالسميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 112. وكـذلك سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 509

(2) في هذا المعنى: عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص 164.

(3) حسين درويش عبدالعال، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، مقاله، مرجع سابق، ص 23.

(4) هناك من يرى أن التعويض عبارة عن مبلغ من المال تحدده الإدارة مقدما في العقد، وهو مـا لا نـرى صحته على الإطلاق. ومنهم: طعيمة الجرف، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 614.

القانون الخاص.ويستحضرنا في هذا قول دي لوبـادير(De laubadère):"إن التعـويض فـي العقود الإدارية تقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض وفي اشتراط ركن الضرر،ولكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بطريقة تحديده وكيفية تحصيله"[1].

ويستفاد مما ذكر في الفقرة الأولى من هذا القول، إن التعويض الذي يحكـم بـه القضـاء للمتعاقد المتضرر، يتطلب قيام الخطأ التعاقدي، والضرر الناشئ عنه، ومن ثم العلاقة السـببية بينهما[2]. ثم إن التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك[3]. كما أن لا محل له إذا كان التنفيذ العيني ممكنا، والقول بهذا ـ بالمناسبة ـ يفسر لنـا علاقـة حـالات استحقاق التعويض بمصادرة التأمين النهـائي عنـد فسـخ الإدارة للعقـد، أو تنفيـذه علـى حساب المتعاقد.

ومعلوم، أن فقه القانون الخاص قد قدم الشروحات الكافية لهذا الأمر، كما نظم المشرع في الدول المقارنة كافة، كل تلك الأحكام بموجب القوانين المدنية النافذة[4].

إضافة إلى ذلك، صدرت عن القضـاء الإداري أحكـام قضـائية اسـتنادا إلـى القواعـد

---

(1) العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 145.

(2) لمزيد من التفاصيل، يراجع على سبيل المثال: عز الدين الأنصاري وعبد المجيد الشواربي، المسـؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، 1988، ص 390 وما بعدها. وكذا عبد المنعم حسـني، المدونـة الذهبيـة للقواعد القانونية، مركز حسني للدراسات القانونية، الطبعة الأولى، 1988، ص 1722 ومـا بعـدها؛ علمـا بأنهما أوردا العديد من الأحكام القضائية بالنسبة لما أشرنا إليه أعلاه.

(3) بالنسبة إلى إعذار المدين عامة، فإنه بالإضافة إلى المادة (1146) من القانون المدني الفرنسي، يرجـى مراجعة: مواد التشريع المدني المقارن، التي ذكرناها في مطلب الإعذار سلفا؛علما بالتقارب الكبير فيما بينها.

(4) جاء تنظيم أحكام التعويض في التشريعات المدنية للدول المقارنة في: المواد (176ـ 187) من القـانون المدني الجزائري، والمواد(347 ـ 357) من القانون المدني اليمني. والمواد (169ـ 226) من القانون المدني المصري، والمادة (1142) من القانون المدني الفرنسي، مصادر سبق ذكرها.

العامة، أقرت بموجبها حق الإدارة في الحصول على التعويضات لجبر الضرر.[1]

ولا يخلو البال من الإشارة، إلى أن المشرع المقارن أعطى للمتعاقد الحق في اللجوء إلى القضاء، طلبا في التعويض عما يصيبه من ضرر عند إخلال الإدارة بالتزاماتها، ما لم يتفق الطرفان على التحكيم.[2] وقد صدرت عن القضاء الإداري أحكام، قضى بموجبها بحق التعويض للمتعاقد المتضرر.[3]

ومع ذلك، فإن تقارب أحكام التعويض في العقود الإدارية، مع مثيلتها في عقود القانون الخاص لم تمنع - كما يبدو- من وجود بعض الاختلافات بين النظامين، وتحديدا من حيث طريقة وضع التعويض وكيفية تحصيله، وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من قول دي لوبادير(De laubadère) المذكورة آنفا.

ثانيا: إشكالية سلطة الإدارة في تحصيل التعويض

إن المبدأ العام الذي دأبنا على تقريره بالنسبة لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

---

(1) من تلك: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في1994/10/25، الطعن رقم 327 السنة 35 ق، مجموعة الأربعين عاما، ص 558.

- وقد لاحظ (سليمان الطماوي) بهذا الشأن: "كثرة الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا بالاستناد إلى طلب الإدارة بالتعويض في عقود التعهد بالتدريس مدة معينة عقب التخرج من بعض المعاهد الحكومية"؛ مؤلفه (الأسس العامة للعقود الإدارية)، مرجع سابق، ص 511.

(2) بهذا المعنى تمثيلا لا حصرا:المادة(23) من القانون المصري للمناقصات والمزايدات، مصدرسبق ذكره.

(3) ففي الجزائر مثلا، من أحكام مجلس الدولة، حكمه الصادر عن الغرفة الأولى، ملف رقم 008072 بتاريخ 2003/04/15، في قضية مقاولة الأشغال العمومية (ل.م) ضد بلدية (تنس)، مجلة مجلس الدولة العدد 04، 2003، ص 80-83؛ وحكمه الصادر عن الغرفة الأولى بشأن تعويض عن الضرر، ملف رقم 006052، بتاريخ - أيضا - 2003/04/15، قضية (ق.ع) ضد بلدية (متيلي)، مجلة مجلس الدولة، العدد عينه، ص71 - 73.

في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، يتطلب قيام الإدارة من تلقاء نفسها بتوقيع كل تلك الجـزاءات؛ إلا أنه لما كان للقواعد العامة في القانون الخاص دور ملحوظ في تطبيق أحكام التعويض فـي العقود الإدارية، وكانت أهم تلك القواعد تتطلب أن يتم تحصيل التعويض من قبل القضاء، **فهل يعني ذلك بالضرورة التقليل من شأن التعويض كجزاء تتخذه سلطة الإدارة، ومن ثم لا يحـق للإدارة اتخاذه من تلقاء نفسها ؟**

إن الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب منا التطرق لأحكام التعويض في الدول المقارنة:

1 ـ **في فرنسا:**

يشير دي لوبادير (De laubadère) بقوله: "من المسلم به في الوقت الحاضر أن التعويض معترف به كجزاء تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد معها بمقتضى عقد من العقـود الإداريـة فهو يشمل كافة العقود الإدارية"(1). إذ إنه لم يكن معترفا للإدارة بذلك قبل صدور حكم مجلـس الدولة في قضية (دبلانك) سنة 1907، الذي تأكد بصدور حكم المجلس في قضية شركة (ملاحة جنوب الأطلنطي).(2) مما يعني أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي من جهته مستقر على السـماح للإدارة بأن تحدد قيمة التعويض بنفسها، على أن ينازع المتعاقد في هذا التقدير أمام القضاء إذا شاء وللإدارة أن تعدل عن استعمال هذا الحق، وتترك تقدير التعويض للقضاء.(3)

أما المشرع الفرنسي؛ فإنه "يسمح للإدارة في كثير من الحالات بأن تلجـأ إلـى تحصـيل

---

(1) العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 145.

(2) تم التطرق إليهما بالتفصيل سلفا.

(3) لمعرفة تفاصيل ذلك، يرجى مراجعة: هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات فـي عقـد الأشغال العامة"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 101.

التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع، تصدرها بإرادتها المنفردة، وللمتعاقد أن يطعن أمام القضاء. ويجوز لقاضي العقد أن يقرر إعفاءه منه، متى ما تبين عدم صحة الأساس الذي بني عليه، كما له تخفيضه إذا كان مبالغا فيه"[1].

2 ـ في مصر:

يختلف الوضع تماما ـ فيما يبدو ـ عما استقر عليه في فرنسا؛ حيث ذهب غالبية الفقه إلى القول: "إن الفقه والقضاء مستقران، على أنه لم يعترف بعد للإدارة في مصر، بأن توقع جزاء التعويض المستحق لها قبل متعاقدها، باستعمال امتيازها في التصرف من جانب واحد أسوة ببقية الجزاءات الأخرى، وإنما عليها أن تسلك طريق القضاء إذا لم يكن هناك نص تعاقدي يمنحها هذا الحق"[2]. وقد لوحظ أن الكثير من أحكام مجلس الدولة، قضت بذلك صراحة.[3]

وللأمانة العلمية، فقد ذهب نفر من الفقه إلى القول بعدم اعتبار التعويض من الجزاءات الإدارية، وذلك بحجة أن التعويض مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص.[4]إلا أن هذا الرأي قوبل برفض واستهجان واسع في محيط الفقه. وذهبت في إثره العديد من الآراء إلى

---

(1) دي لوبادير(De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 145.

(2) عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 185. نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام في النظامين المصري والفرنسي"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 284. وفي هذا المعنى: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 512 .

(3) ومن تلك الأحكام: حكم المحكمة الإدارية العليا في 1965/01/02، طعن رقم 1289، لسنة 08 ق المجموعة، السنة 10، ص 313.

(4) ومنهم: أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق ص 345.

تفسير نصوص التشريع الجديد على النحو الذي يعطي الإدارة الحق في تحصـيل التعـويض بإرادتها المنفردة، مستفيدين مما عبر عنه المشرع تكرار في أكثر من موضع بقوله: وفي حالة عدم كفايتها[التعويضات التي تجبر خسارة الإدارة] تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى أيا كان سبب الاستحقاق من دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية.[1]

غير أننا نود أن نلفت النظر بهذا الخصوص، إلى أن هذا الرأي قد تجاهل مـا أكمـل بـه المشرع من عبارات في ظل هذه المواد القانونية عينها، بقوله: "وذلك كله مع عـدم الإخـلال بحقها في الرجوع عليه [المتعاقد] قضائيا بما لم تتمكن من اسـتيفائه مـن حقـوق بـالطريق الإداري"[2]، وهو الأمر الذي يبقي الشكوك قائمة بالنسبة لما قصده المشرع بالضبط.

3 ـ **في الجزائر**:

ما من شك، أن للإدارة في الجزائر الحق في الحصول على التعويض المناسب جراء إخلال المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته، والضرر الذي يصيبها من ذلك. ويستفاد مما أشار إليه (أحمد محيو) من أن اعتبار التعويضات أحد الجزاءات المالية التي توقعها الإدارة باعتبارهـا سـلطة عمومية، تخضع فيما تخضع له الجزاءات الإدارية الأخرى من رقابة القضـاء[3]، أن جـزاء التعويض من الأمور المسلم بها في الفقه الجزائري[4].

---

(1) من أولئك: إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 75.
(2) المواد (21،23،26) من قانون المناقصات، والمواد (83،84،94) من لائحته التنفيذية، سبق ذكرهما.
(3) ينظر في هذا الشأن: مؤلفه (محاضرات في المؤسسات الإدارية)، مرجع سابق، ص 248 وما بعدها.
(4) ناصر لباد، القانون الإداري Le droit administratif، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجـع سـابق ص 441.

وفي هذا الإطار، أشار آخرون[1] بالاستفادة من نصوص دفتر الشروط الإدارية العامة، إلى أن التعويض يقتطع من "المبالغ التي يستحقها المتعاقد، أو من ضمانه، ولا يحول ذلك مـن دون ممارسة الإجراءات التي تتخذ بحقه في حالة عدم التسديد". وأن التعـويض "يمكـن أن تقـدره الإدارة من تلقاء نفسها، على أن ينازع المتعاقد هذا التقدير أمام القضاء إذا أراد ذلك"[2].

وفي حقيقة الأمر، فإن المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي بالصفقات العموميـة فـي المادة (99) المتعلقة بحق الإدارة في فسخ العقد من جانب واحد، قد نص على أنه: "لا يمكـن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ العقد عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضـمان والملاحقات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي أصابها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها".

ومما لا ريب فيه، أن الفقرة الأخيرة هي إشارة واضحة إلى التعويض الذي توقعـه الإدارة نتيجة للضرر الذي يصيبها. ومع ذلك لا نستطيع الجزم، بأن رغبة المشرع قد اتجهـت إلـى النحو الذي سارت عليه تماما الحالة الفرنسية. وفي الحقيقة كان المؤمل أن يفصـح المشـرع بوضوح عن حق الإدارة في اقتضاء التعويض من تلقاء نفسها، أو على العكس من ذلك. حتـى يزول أي لبس بهذا الصدد، وهذا الأمر يصدق أيضا فيما يتعلق بالتشريع المصري.

4 ـ **في اليمن**:

كبقية الدول المقارنة، فإن التعويض كجزاء يتخذ لجبر الضرر الناتج عن إخـلال المتعاقـد

---

(1) ومنهم: يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية...، بحثه لدبلوم الدراسات العليا، مرجع سابق، ص 192،104 ـ 194.

ـ وكذلك المواد (48،36،35) من دفاتر الشـروط الإداريـة العامـة المطبقـة علـى الأشـغال العامـة.

(2) أنيسة قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرتها للماجستير، مرجع سابق ، ص 116.

بتنفيذ التزاماته، ثابت للإدارة ولا نزاع في ذلك. إلا أنه لوحظ أن المشرع أعطى للإدارة مـن تلقاء نفسها، حق تقدير قيمة الأضرار واستقطاعها من المبالغ المستحقة للمتعاقـد، ولهـا فـي ذلك ـ أيضا ـ الرجوع إلى القضاء للمطالبة بالتعويضات اللازمة لجبر الضرر.[1]

رأينا:

لامناص من الإقرار بحقيقة إن التعويض أحد الجزاءات الإدارية التـي تنظمهـا نظريـة الجزاءات. والرجوع إلى القواعد العامة في القانون الخاص في هذه الحالة، لا يعني بالضرورة الالتزام الكامل والتام بهذه القواعد. ذلك أنه إذا كان هدف التعويض في عقود القانون الخـاص هو تعويض الضرر الفعلي؛ فإنه في العقود الإدارية يهدف بالإضافة إلى ذلـك الضـغط إلـى المتعاقد توخيا لتنفيذ التزاماته على الوجه الذي يكفل حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وبالبناء عليه، فإن أحكام التعويض في العقود الإدارية تختلف عن الأخرى، في أنهـا تقـر للإدارة بحقها في توقيع هذا الجزاء من تلقاء نفسها، أسوة ببقية الجزاءات. وعلى أية حال، هذا هو مسلك القضاء الإداري، لاسيما في فرنسا بلد منشأ النظرية، وهو النهج الذي يلقى تأييدا في محيط الفقه[2].

ثم إننا لا نرى أن ثمة مشكلة من الناحية العملية، لاسيما في حالة إذا ما اتفق في العقد على تضمين هذا الحق للإدارة، وكان التشريع لا ينص على المنع من ذلك. وإن كـان المؤمـل أن تتضمن التشريعات هذه الأحكام بوضوح، وبما لا يدع مجالا للشك، كبقية الجزاءات.

---

(1) ينظر: المادة (24) من قانون المناقصات، والمادة (115) من لائحته التنفيذية، مصدران سبق ذكرهما.

ـ علما بأننا لم نلحظ أن جدلا معينا قد تم في اليمن بهذا الخصوص.

(2) يراجع بصدد تأييد الفقه: فاروق أحمد خماس ومحمد عبد ا الدليمي، الوجيز...،مرجع سابق، ص136.

المبحث الثاني

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة المؤقتة

تمهيد وتقسيم:

تتمتع الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري، بسلطة توقيع جملة من الوسائل الضاغطة، التي تمكنها من إرغام المتعاقد المقصر على الوفاء بالتزاماته، وذلك بأن تحل نفسها محله في تنفيـذ العقد، أو أن تعهد به ـ موضوع العقد ـ إلى غيره ليتولى تنفيذه، وعلى مسؤوليته.

وقد أجمعت غالبية الفقه[1] على تأييد مسلك القضاء الإداري، في أن هذه الوسائل في طبيعتها عبارة عن إجراءات مؤقتة، تفترضها اعتبارات الصالح العام للحفاظ على حسن سير المرفـق العام ودوام انتظامه، بقصد ضمانة تنفيذ العقد، وليس إنهاءه. وأن إحلال الإدارة نفسها أو غيرها محل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية وعلى حسابه وتحت مسؤوليته، يكون بمثابة الوكيـل عنه في هذا التنفيذ. وعليه، فمن ناحية، يبقى المتعاقد (الأصلي) مسؤولا أمام الإدارة في تحمل الخسائر والمصاريف كافة، وله في ذلك الحق في مراقبة تنفيذ هذه العملية، إذا أراد ذلك.[2]

ومن ناحية ثانية، فإن سلطة اتخاذ الإجراءات الضاغطة المؤقتة، لا ينبغي للإدارة التنـازل عنها، بأن تنص في العقد على عدم قدرتها في ممارسة هذه الوسائل، فيما إذا أخـل المتعاقـد

---

(1) يراجع في الفقه بهذا الشأن، على سبيل المثال:

ـ ـ Erb (Roger), La mise en régie dans les marchés de travaux publics, thèse, Nancy 1944, p. 30.

وكذا حسين درويش عبد العال، "وسائل الضغط في العقود الإدارية"، مقال في **مجلة العدالة**، أبوظبي،العدد18 السنة06، يناير1979، ص48. وكذلك عمارعوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص219.

(2) ينظر، كمثال: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في1957/03/17، المجموعة، السنة11، ص272.

بالتزاماته التعاقدية. كما وتتصف الجزاءات الضاغطة بأنها أشد قسوة على المتعاقـد، إذا مـا قورنت بالجزاءات المالية؛ لذلك لا تلجأ إليها الإدارة، إلا في حالة الإخلال الجسيم.

ويذكر، أن هذا النوع من الجزاءات الإدارية، غالبا "ما تنص الإدارة عليه في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة على حقها في رفع يد المتعاقد مؤقتا عن الاستمرار في تنفيذ العقد، وفـي أن تحل هي محله أو أن تحل غيره محله حسبما تراه، وذلك في حالة عجزه عن الوفاء بالتزاماتـه ومع ذلك فإن إجراءات الضغط المؤقتة بجميع أشكالها، سواء في ذلك الوضع تحت الحراسة، أو الحلول محل المتعاقد، أو الشراء على حسابه، تعتبر كمبدأ عام من السلطات المقـررة لـلإدارة حتى لو لم ينص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط"[1].

وقد جاء في مضمون ما عبر عنه المشرع المقارن - كما سيأتي توضيحه لاحقا - علـى وسائل الضغط بالنسبة إلى العقود الإدارية بصفة عامة، بأنه: إذا أخل المتعاقد بأي شـرط مـن شروط العقد، كان للجهة المتعاقدة الحق في فسخ العقد، أو في تنفيذه على حسابه[2].

وفي ضوء ما تقدم، فإن الجزاءات الضاغطة، نجدها تختلف باختلاف نوع العقد، ومع ذلك فهي تتخذ صورا ثلاث بالنسبة إلى العقود الإدارية الرئيسة[3]، وعليه سنقسم المبحث كالآتي:

المطلب الأول: فرض الحراسة على المرفق العام في عقود الالتزام

المطلب الثاني: سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة

المطلب الثالث: الشراء على حساب المورد في عقود التوريد

---

(1) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق،ص 354.
(2) ينظر في هذا المعنى: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 527.
(3)علما بأنه لايوجد ما يمنع الإدارة من توقيع هذه الجزاءات على العقود الإدارية الأخرى عند توفر أسبابها.

المطلب الأول

فرض الحراسة على المرفق العام في عقود الالتزام[1]

من المسلم به فقها وقضاء[2]، أن هذا الجزاء يتعلق بعقد التـزام المرافـق العامـة فقـط.

---

(1) يمكننا تعريف عقد التزام المرافق العامة، أو كما يسميه جانب من الفقه بـ (عقد الامتياز)، بأنـه: ذلـك العقد الذي تعهد فيه السلطة (مانحة الالتزام) إلى شخص آخر فردا أو شركة (الملتزم)، بإدارة وتسيير مرفـق عام على حسابه وتحت مسؤوليته، مقابل رسوم يتقاضها من المنتفعين بخدمات المرفق (محل الالتزام). ويعد هذا العقد من أهم أنواع العقد الإداري، وهو من العقود المسماة. ينظر في هذا المعنى كمثال: إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 183 وما بعدها. وكـذا سعيد عبد الرزاق باخبيره، الأحكام الحديثة لعقد البوت B.O.T وتطبيقاته في الجمهوريـة اليمنيـة، مقالـه مرجع سابق، ص 365ـ367. وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصـادر فـي 1956/03/25 المجموعة، السنة 10، ص 259. علما بأنه قد تم ذكره في دساتير الدول المقارنة، نذكر منها ـ كمثال ـ ما جاء في المادة (18) من دستور الجمهورية اليمنية لسنة 2001، التي جاء في مضمونها، أنـه يـتم تنظيمـه بموجب القانون، بحسب كل حالة على حدة. أما من التشريعات المنظمة له، فنذكر في الجزائر، كمثـال: أن المادة (138) من قانون البلدية رقم 90ـ 08 لسنة 1990، قد اعتبرت امتياز المرفق العـام أحـد أسـاليب الاستغلال للمرفق العام، وكذلك المادة(30) من قانون الولاية رقم90 ـ 09 لسنة 1990. كما جاء ذكره فـي القانون رقم 83 ـ 17 المؤرخ في 1983/07/16 المتضمن قانون المياه المعدل والمتمم بموجب الأمر رقـم 96 ـ 13 المؤرخ في 1996/06/15، وكـذا فـي المرسـوم التنفيـذي رقـم97 ـ 253 المـؤرخ فـي 1997/07/08 المتعلق بمنح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير. وكذلك في المرسـوم التنفيذي رقم 89 ـ 01 المؤرخ في 1989/01/15 المتعلق بضبط كيفيات تحديد دفاتر الشـروط المتعلقـة باحتكار الدولة للتجارة الخارجية؛ علما بأن المادة (04) منه قد نصت صراحة إلـى اعتبـاره مـن العقـود الإدارية؛ فضلا عن ذلك فإن تعليمة وزارة الداخلية والجماعات المحلية ... بشأن امتياز المرافـق العموميـة وتأجيرها ـ التي سبق ذكرها ـ قد نظمت غالبية أحكام هذا العقد؛لاسيما عن مرحلة تنفيذه والآثارالمترتبةعليه.

ـ يلاحظ أن القانون المدني المقارن، كان قد تطرق لبعض جوانب تنظـيم هـذا العقـد لأهميتـه، ومنهـا المادة(668) من القانون المدني المصري، التي جاء في مضمونها، أن الغرض من هذا العقد هو إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية لفترة معينة من الزمن.

(2) ينظر: حسين درويش عبد العال، وسائل الضغط في العقود الإدارية، مقاله، مرجع سابق، ص49. ناصر لباد، القانون الإداري Le droit administratif، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سـابق، ص 441. وكذلك من قضاء مجلس الدولة الفرنسي، الذي قرر فيها هذا الجزاء حتى عند عدم وجود نص يقرره؛ حكمه:

ـ C.E. 23 Juin 1944, Ville de Toulon, R.D.P., 1945, p. 101.

ويقصد به، أن تضع الإدارة المرفق العام (موضوع الالتزام) تحت الحراسة المباشرة من قبلهـا بموجب قرار صادر عنها، إذا تبين لها أن الملتزم قد ارتكب مخالفات جسـيمة ببنـود العقـد وصار المرفق العام ـ تبعا لذلك ـ مهددا بالتوقف الكلي أو الجزئي. لذلك ترفع الإدارة يده عن إدارة هذا المرفق، وتقوم هي بإدارته لمدة محددة من الزمن، حتى تزول أسباب الحراسة.

ولعله من الملائم الإشارة ـ مقدماـ إلى أن توقيع الإدارة لجزاء فرض الحراسة لا يـؤدي بأي حال من الأحوال، إلى إنهاء عقد الالتزام، وإنما يتم وضع المرفق تحت الحراسة المباشرة من قبل الإدارة لمدة محددة فقط. كما أنه ينبغي التفرقة بين فرض الحراسة باعتبارهـا جـزاء ضاغطا مؤقتا مقابل خطأ جسيم ارتكبه الملتزم، وبين فرض الحراسة كوسيلة وقائية لتأمين سير المرفق العام إذا كان يخشى من تعرضه للخطر، من دون أن يرجع ذلك إلى خطأ من الملتـزم كإضراب لا يد له فيها مثلا، وذلك لاختلاف الآثار المالية في كلا الحالتين؛ إذ إنه في الثانية لا يتحمل المخاطر المالية كافة، على عكس ما هو الوضع في الحالة الأولى، كما سيأتي توضيحه.

أولا: الطبيعة القانونية لوضع المرفق تحت الحراسة

يشير جانب من الفقه، إلى أن سلطة الإدارة في وضع المرفق العام تحـت الحراسـة مـن طبيعة لائحية. وبهذا يقول جيز(Jeze)[1]: "إن سلطة وضع المرفق تحت الحراسة من طبيعـة

---

(1) المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 883 وما بعدها؛ الذي أشار تباعا إلـى مسألة مهمة في هذا الصدد، بقوله: "إنه يجب عدم الخلط بين هذه السلطة في ذاتها وبين شروط مباشرتها، إذ يمكن أن ينظم العقد هذه الشروط ويفرض على الإدارة اتباعها، مثل تحديد الحالات التي يتخذ فيهـا إجـراء الحراسة، أو المدد، أو الضمانات المعطاة للملتزم، وهذه القيود التفصيلية يمكن أن تكون من طبيعة تعاقديـة إن لم يكن منصوص عليها بصفة آمرة في قانون أو لائحة، ولكن تلك الإجراءات التعاقدية لا يجوز أن يكون من شأنها تعطيل سلطة الإدارة وكأنه إلغاء لها".

لائحية، وليست تعاقدية؛ لأن مضمون هذه السلطة داخل في تنظيم أي مرفق عام يدار بطريـق الالتزام، ويرتبط بضمان سير المرفق العام على نحو مرض، ومن ثم لا يجوز الاتفـاق علـى استبعادها". وفي هذا الاتجاه يقول دي لوبادير(De laubadère)[1]: "إن وضع المرفق تحـت الحراسة يجب أن يعتبر جزاء موجودا في عقد الالتزام، حتى في حالة عدم النص عليه في دفتر الشروط". ومن ثم فهي من النظام العام، التي لا يجوز للإدارة أن تتنازل عنه، بالنص على ذلك في العقد أو دفتر الشروط.

علما بأن مجمل هذه الآراء وتلك التي تتلاقى معها في الاتجاه عينه، قد لقت تأييدا كبيرا في محيط الفقه العربي.[2]

وجهد ما يمكن قوله، إن وضع المرفق تحت الحراسة - كما يرى الفقه - إجراء جزائـي تتخذه الإدارة، حتى لو لم يكن منصوصا عليه في العقد، وهذا ما يبدو أن القضاء مسلم به.[3]

ثانيا: الأفعال المبررة لوضع المرفق تحت الحراسة

يستلزم القضاء والفقه، لتوقيع جزاء فرض الحراسة، وقوع مخالفـات جسـيمة مـن قبـل الملتزم، يكون من شأنها أن تعرض استمرار وانتظام المرفق العام للخطر، بـأن تـؤدي إلـى التوقف الكلي أو الجزئي لهذا المرفق، كأن يعجز عن أداء التزاماته لعدم قدرته أو كفايته،أو عند عدم احترامه للمدة المتفق عليها في العقد أو دفتر الشروط، أو لعدم امتثاله للأوامـر الصـادرة

---

(1) العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 155.

(2) ينظر في استعراض آراء الفقه، على سبيل المثال: عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقـد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 200 - 202.

(3) أشرنا إلى أحد أحكام مجلس الدولة الفرنسي، الذي قضى فيه بذلك؛ في الصفحة الأولى من هذا المطلب.

عن جهة الإدارة، وغير ذلك[1].

وكذلك هو الأمر بالنسبة إلى المشرع، الذي يفرض على الملتزم القيام بتنفيـذ الالتزامـات الملقاة على عاتقه على الوجه الذي لا يؤدي بأي حال من الأحوال إلى الإضرار بدوام المرفـق العام، ومن ثم توقفه كليا أو جزئيا، ما لم فإنه يقع تحت طائلة إجراءات الضغط والإكراه التـي يحق للإدارة تطبيقها عليه. هذا ولئن كانت عقود الالتزام تنظم وفقا لتشريعات خاصة في غالب الأحوال؛ فإن التشريعات التي تحكم جزاء الحراسة، تتعدد هي الأخرى تبعا لذلك.[2]

ثالثا: خصائص وضع المرفق تحت الحراسة

من المتفق عليه، أن وضع المرفق العام تحت الحراسة المدار بطريق الالتزام، إنما يصـدر

---

(1) من مقررات القضاء الإداري في هذا الشأن: حكم المحكمة الإدارية العليـا المصـرية، الصـادر فـي 1977/12/30، الطعن رقم 110، السنة 13 ق، المجموعة، السنة 15، الجزء الثاني، ص 1925 ـ 1933؛ وهو من الأحكام المهمة التي أشارت فيه، إلى حق الإدارة في فرض الحراسة على المرفق العام، إذا ارتكب الملتزم أخطاء جسيمة، كعجزه وعدم قدرته على تنفيذ التزاماته، أو تكرار إهماله ...إلخ.

ـ ينظر في الفقه تمثيلا لا حصرا: فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية لقانون التأميم والحراسة الإدارية على الأموال، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الثانية، 1967، ص 503 وما بعدها. وكذا محمود أبو السعود، "سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري"، مقال منشورفي **مجلة العلـوم القانونيـة والاقتصـادية**، كليـة الحقوق ـ جامعة عين شمس، العدد 01، يناير1997، السنة 39، ص 88 وما بعدها؛ وقد أشار كلاهما إلى تطبيقات الأفعال التي تؤدي إلى فرض الإدارة للحراسة، مدعمة بقرارات القضاء، وتعليقات الفقه عليها.

(2) سيتم الإشارة لاحقا إلى بعض تلك التشريعات التي تضمنت الأفعال المبررة للحراسة، والحراسة عامة.

ـ من اللافت للنظر، أن (سليمان الطماوي) كان قد عد قول المشرع المصري بأنه: يجـوز لـلإدارة تنفيـذ العقد على حساب المتعاقد إذا أخل بأي من شرط من شروط العقد؛ قول عام يشمل أنواع الجـزاء الضـاغط كافة، بما فيها جزاء الحراسة في عقود الالتزام، مع أن المشرع لم يصرح بذلك صـراحة أسـوة بجزائـي السحب والشراء. ومع ذلك يمكننا فهم قصده على أساس أنه أراد القول ـ الطماوي ـ بإن تشريع المناقصات هو تشريع عام، يشمل فيما يشمل أنواع العقود كافة، ومن ثم يمكن اللجوء إليه كلما دعت الحاجة إلى ذلك في أثناء تنفيذ العقود، أو في مرحلة إبرامها. ينظر:مؤلفه(الأسس العامة للعقود الإدارية)، مرجع سابق، ص527.

بقرار من الإدارة (مانحة الالتزام)، وفقا للنصوص القانونية التي تسمح لها بذلك. بالنظر إلى ما لها من حق في استعمال امتياز التنفيذ المباشر، ومن دون الحاجة للالتجاء إلى القضاء. فجـزاء فرض الحراسة بطبيعته، إجراء عاجل تقتضيه حالة المرفق المهددة بالتوقف، التي لا تستقيم مع الإجراءات القضائية التي غالبا ما تستغرق وقتا طويلا[1].

مع ملاحظة، أن المشرع قد يتدخل أحيانا ـ لخصوصية عقود الالتزام ـ ويفرض وضـع الحراسة بموجب تشريعات معينة، ومثالنا على ذلك إصدار المشرع المصري القـانونين رقـم 286 ورقم 287 لسنة 1960، بشأن وضع مرفق ترام مدينـة(القـاهرة) وشـركة الكهربـاء المصرية تحت الحراسة. ويمكن أن نفهم ذلك، على أساس أن رغبة المشرع قد اتجهـت إلـى تعين الحارس الإداري بموجب قرار جمهوري يصدر بذلك. والأمر يسـتتبع قيـام الحـارس بممارسة سلطاته على حساب الشركة الملتزمة، وفي تمثيلها في جميع التصرفات القانونية.[2]

وعلى أية حال، فإن قرار وضع الحراسة يخضع لرقابة القضاء، فيستطيع قاضي العقـد أن يحكم على الإدارة بالتعويض، إذا تسببت بتصرفها المعيب إلحاق الضرر بالملتزم، وذلك إعمالا لقواعد النظام القانوني العام للجزاءات. أما فيما يختص برقابة الإلغاء فإن الأمر يختلف في حالة وضع الحراسة في عقود الالتزام عنه في الجزاءات الضاغطة الأخرى، لاسـيما فـي فرنسـا

---

(1) ينظر في ذلك تمثيلا لا حصرا: جيز(Jeze)، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث ص 900. وكذا والين(Waline)، موجز القانون الإداري، مرجع سابق، ص 420. وكذلك عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 206.

(2) يمكن بصدد تعليقات الفقه على هذين القانونين، مراجعة: فتحي عبد الصبور، الآثار القانونيـة لقـانون التأميم، مرجع سابق، ص 501 وما بعدها.

ومصر. فبينما يتم التفرقة في فرنسا بهذا الصدد، حيث يستطيع القاضي المختص الحكم بإلغـاء قرار الإدارة بتوقيع جزاء الحراسة المعيب، بينما لا يستطيع إلغاءه في الجـزاءات الضـاغطة الأخرى؛ إذ يكتفي بالحكم بالتعويض فقط. فإنه في مصر حيث انتقد الفقه هـذه التفرقـة التـي قررها مجلس الدولة الفرنسي، معتبرا إياها مرحلة من مراحل تطور نظرية الجزاءات الإدارية ليس إلا[1]؛ يلاحظ أن قضاء مجلس الدولة المصري مستقرا على إلغاء قرارات الإدارة المعيبة المتعلقة بجزاء الحراسة، جنبا إلى جنب، إلغاء قرارات الإدارة المعيبة بفرض جـزاء سـحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، أو بفرض جزاء الشراء على حساب المورد فـي عقود التوريد[2].

أما فيما يخص وجوب الإعذار من عدمه، في أثناء تطبيق جزاء فرض الحراسـة، فيكـاد يجمع الفقه، على عدم ضرورة ذلك. والواقع أننا نتفهم حقيقة هذا الإجماع، كون جزاء فـرض الحراسة، إجراء عاجلا بطبيعته، ويقصد به دوما إنهاء توقف المرفق من دون أدنـى تبـاطؤ. وهنا لا ينفرد القانون العام بنظرية خاصة به، وإنما توجد في مبادئ وأحكام القـانون الخـاص لاسيما في نصوص القوانين المدنية، ما يستثني به المشرع بعض حالات تقتضي فيـه طبيعـة الأشياء أحيانا إعفاء الدائن من واجب الإعذار المسبق، ومن ثم يعتبر فيها المدين الذي تخلـف

---

(1) من المؤيدين لهذا الرأي ـ وهم الأغلبيةـ في مصر ينظـر كمثـال: فـؤاد العطـار، عقـد الأشـغال العامة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 274 ـ 275. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 316.

(2) ومن أحكامه في هذا الشأن: حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1956/12/23، الطعن رقم 284 السنة 08 ق، المجموعة، السنة 11، ص 104؛ وقد قضى هذا الحكم بإلغاء قرار الإدارة المعيب بصدد توقيع إجراء سحب العمل ـ وما يتعلق به ـ في أحد عقود الأشغال العامة.

عن أداء التزاماته مخطئا من دون أي إعذار، إذ يكفي مجرد عدم التنفيذ من جانبه لكي يعتبر معذرا[1].

وتبدو مقبولة في نظرنا، المبررات التي ساقها الفقه بهذا الخصوص[2]، علما بأن عقد الالتزام من العقود التي تتصف بأنها من عقود المدة، من ثم فإن الزمن عنصر جوهري فيها، إذ يترتب على فوات بعضه استحالة تدارك ما مضى منه. ومع ذلك يبدو الأمر أكثر قبولا لدينا في حالة عدم النص في العقد أو دفتر الشروط على إلزاميته.

رابعا: الآثار القانونية لوضع المرفق تحت الحراسة

1 ـ وضع المرفق العام تحت الحراسة، هو إجراء مؤقت لا يترتب عليه إنهاء الرابطة التعاقدية.

وبالبناء عليه، يستطيع دائنو الملتزم في أثناء مدة فرض الحراسة الإدارية على المرفق، أن يتمسكوا بحق الضمان العام على القيمة المالية لهذا الحق، على الرغم من فرض الحراسة.

2 ـ تنظم الإدارة الاستغلال المؤقت للمرفق، فإما أن تتولاه هي بنفسها، عن طريق أحد

---

(1) يشير فقه القانون الخاص إلى أن طبيعة بعض الالتزامات لاسيما في العقود ذات الطابع الزمني، لاتستلزم الإعذار المسبق. ينظر في تفصيل ذلك على سبيل المثال: إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام والإثبات، 1967، ص 107.

(2) للاستزادة حول مبررات الفقه، يراجع: دي لوبادير(De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق الجزء الثاني، ص 158. وكذا فؤاد العطار، عقد الأشغال العامة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 262. يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، بحثه لدبلوم الدراسات العليا، مرجع سابق، ص 117. وكذلك أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 359؛ الذي أشار إلى أن القضاء والفقه في مصر، يجمعان على عدم اشتراط الإعذار قبل توقيع الإدارة لجزاء الحراسة.

وكلائها. وإما أن تعهد به إلى ملتزم آخر تعينه حارسا، إذا تراءى لها أفضلية ذلك.

وهكذا، ينوب الحارس عن الملتزم في جميع التصرفات القانونية، وما يقتضيه سير المرفق. وينصرف عمل الحارس ـ الوكيل عنها أو الملتزم الآخر ـ إلى الملتزم، الذي يبقى مسؤولا عن المرفق العام (محل الالتزام).

3 ـ يحق للإدارة لضمان سير المرفق بانتظام واطراد، أن تستعمل مؤقتا المنشآت والأدوات كافة المتعلقة بالملتزم، مع ضرورة صيانتها في أثناء حيازتها المؤقتة لها.

4 ـ تلتزم الإدارة بتنظيم استغلال المرفق في أثناء مدة فرض الحراسة، وفقا للشروط المنصوص عليها في العقد أو دفتر الشروط.

وعلى ذلك لا يحق للإدارة أن تغتنم الفرصة وتقوم بتخفيض رسوم الانتفاع، أو أن تزيد من التكاليف. وهذا لا ينفي حقها في التحصيل لرسوم الانتفاع، وإيراداته كافة، خلال مدة الحراسة[1].

الجدير بالذكر، أن إيرادات المرفق في هذه الحالة، تعتبر أموال عامة ـ كما تؤكد غالبية الفقه ذلك ـ على أساس أنها ترد من مرفق عام، وتخصص لتسيير مرفق عام، وتستخدم تحت إشراف جهة إدارية عامة، ومن ثم لا يستطيع دائنو الملتزم الحجز عليها.[2]

---

(1) فتوى قسم الرأي بمجلس الدولة المصري، رقم 340 في 1952/02/04، الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثامن عشر، ص1097. وكذا فتوى إدارة الفتوى والتشريع لـ وزارة المواصلات المصرية، في 1961/03/09، مجموعة المكتب الفني، السنة 14، ص 601.

ـ لمزيد من التفاصيل بهذا الخصوص، يراجع على سبيل المثال: عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 208 وما بعدها.

(2) في استعراض آراء الفقه، يراجع: إبراهيم محمد علي، أثار العقود الإدارية، مرجع سابق، ص103.

وأخيرا وليس بآخر، فإنه في صدد الآثار القانونية الناشئة عن اتخاذ الإدارة (مانحة الالتزام) لإجراء الحراسة الإدارية على المرفق العام (محل الالتزام) في أثناء تنفيذ عقود الالتزام، ينبغي الإشارة إلى ضرورة التفرقة بين حالـة مـا إذا تـم فـرض الحراسـة كجـزاء لارتكـاب المتعاقد (الملتزم) أخطاء جسيمة في أثناء تنفيذ التزاماته المقررة عليـه قانونـا، وبـين حالـة عدم ارتكابه لأي خطأ.

ففي الحالة الأولى: يتم الاستغلال المؤقت للمرفق على حسابه ومسؤوليته. بينما في الحالـة الثانية: تتحمل الإدارة (مانحة الالتزام) المخاطر المالية كافة عند الاستغلال المؤقـت للمرفـق العام في أثناء فرض الحراسة الإدارية، الناشئة عن عوامل القوة القـاهرة، كحـدوث كـوارث طبيعية، أو غير ذلك مما لا دخل للمتعاقد (الملتزم) فيها[1].

---

(1) الجدير بالذكر أن المشرع المقارن، قد أشار بوضوح إلى عدم تحمل المتعاقد لأية أعباء مالية تحدث من دون خطأ من قبله، أو نظرا لقوة قاهرة، كالكوارث الطبيعية وغير ذلك. وهذه النصوص تعد في نظرنا مـن الأحكام العامة في تنفيذ العقود الإدارية. علما بأن المشرع لاسيما في تشـريعات المناقصـات والمزايـدات والصفقات العمومية في الدول المقارنة، قد أفصح عن ذلك في العديد مـن المـواد والنصـوص القانونيـة والتنظيمية.

المطلب الثاني

سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة[1]

أولا: تعريف سحب العمل من المقاول[2]

وهو عبارة عن جزاء، توقعه الإدارة في أثناء تنفيذ عقود الأشغال العامة. بمقتضاه تحل الإدارة نفسها محل المقاول المقصر عن تنفيذ التزاماته، أو المتباطئ في أدائها، أو أن تعهد إلى غيره بتنفيذ هذه الأعمال، وذلك على حساب المقاول وتحت مسؤوليته. أي أن تضع هذه المقاولة

---

(1) تعرف عقود الأشغال العامة، بكونها: مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار، لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وذلك تحقيقا لمصلحة عامة، مقابل ثمن يحدد في العقد. في هذا المعنى: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 1956/12/23، الطعن 284 لسنة 08 ق، المجموعة، السنة11، ص 104.

ومن المفيد التذكير، بأن أول قانون للعقود الإدارية في فرنسا، كان متعلقا بالأشغال العامة، وفي مصر أتى هذا العقد في طليعة العقود التي نظمها المشرع، وذلك في القوانين الأولى المنظمة لمجلس الدولة وتحديدا المادة (05) من القانون رقم 09 لسنة 1949؛ وقد تناول الفقه عقود الأشغال العامة بمزيد من الاهتمام، ينظر بصدد تعريفها: عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية "في ضوء الفقه والقضاء والتشريع" مرجع سابق، ص 101. وكذا محمد أنس جعفر، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 60 ـ 63. وبصفة عامة يراجع: عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، معهد القانون والعلوم الإدارية، جامعة تيزي وزو، 1990. عبس عبدالقادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة، 1997.

ويذكر في هذا المقام، أن تشريعات المناقصات والمزايدات والصفقات العمومية، قد ذكرت هذا العقد ومن ذلك نذكر ـ كمثال بالإضافة لما تم وسيأتي ذكره ـ المادة (10) من المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية في الجزائر، التي اعتبرت الأشغال العامة إحدى العمليات التي تشملها الصفقات العمومية. علما بأن دفاتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة، نصت على العديد من الأحكام التي تنظم هذا العقد.

(2) يستعمل جانب من الفقه اصطلاح (وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة) كعنوان لهذا النوع من الجزاء ونرى أن ما ذكرناه أعلاه، هو الأقرب إلى الواقع؛ كون الأول تختص به الجزاءات الضاغطة كافة.

تحت إدارتها المباشرة لضمان تنفيذها، حرصا على دوام المرفق العام وانتظامه.[1]

ونرى من الأهمية بمكان، الإشارة إلى حقيقتين مهمتين في هذا الصدد. أولاها: أنه ينبغـي عدم الخلط بين عبارة (نظام الاستغلال المباشر) وعبارة (وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة) إذ يقصد بالعبارة الأولى، أسلوب من أساليب إدارة المرفق العامة؛ بمقتضاه تتولى الإدارة العامة بنفسها إدارة المرفق العام، عن طريق موظفيها وتحت مسؤوليتها، وبوساطة أموالهـا العامـة وباستعمال امتيازات السلطة العامة. أما العبارة الثانية - وهي محل البحث هنا - فيقصد بهـا إجراء من إجراءات القسر، بوساطته تحل الإدارة محل المقاول المقصر عن تنفيـذ الأشـغال العامة(محل المقاولة) في العقد المبرم معه سلفا، على حسابه وتحت مسؤوليته.

أما الحقيقة الثانية: فتكمن في أن مدلول عبارة (وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة)، قـد يكون له معنى آخر - بالإضافة إلى معناها الأساس المذكور أعلاه - وذلك في حالـة تنفيـذ المقاول بناء على طلب الإدارة، أعمالا طارئة وغير منصوص عليها في العقد. وقـد أوضـح جيز(Jeze): "أن هذه الأعمال [الطارئة] قد نفذت en régie بوساطة المقاول وبأسعار خاصة. ففي هذه الحالة لا يوجد أي خطأ يستوجب عقاب المقاول. إذ هو بنفسه الـذي نفـذ الأعمـال

---

(1) بهذا المعنى: أحمد خورشيد حمدي المفرجي، سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشـغال العامـة "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، 1979، ص 31. وكذا أنيسة قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامـة مذكرتها للماجستير، مرجع سابق، ص 114،110. حسين درويش عبدالعال، وسائل الضـغط فـي العقـود الإدارية، مقاله،مرجع سابق، ص49. عمارعوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص 219. فؤاد العطار، عقود الأشغال العامة، رسالته للدكتوراه، مرجع سـابق، ص 195. وكـذلك ناصر لباد، القانون الإداري Le droit administratif، الجزء الثاني،النشاط الإداري،مرجع سابق، ص441.
- وسلطة الإدارة في توقيع جزاء السحب، مقررة في أحكام القضاء الإداري، ومنها: حكم المحكمة الإداريـة العليا المصرية، الصادر في 1964/02/01، الطعن رقم 48، المجموعة، السنة 09، ص 571.

الطارئة، أما إذا رفض تنفيذ الأعمال الطارئة، فتقوم الإدارة بتنفيذها على حسابها ومسؤوليتها"[1].

ثانيا: الطبيعة القانونية لسحب العمل من المقاول

يسلم فريق كبير من الفقه، بتعلق جزاء سحب المقاولة في عقود الأشغال العامة بقاعدة النظام العام، كون تطبيق هذا الجزاء تقتضيها ضرورات سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وبناء عليه، فإنه "يتواجد بقوة القانون de plein droit من دون اشتراط أن ينص عليه في العقد"[2]. غير أن بعض الفقهاء يشيرون إلى أن اتفاق أطراف العلاقة التعاقدية على استبعاد هذا الجزاء، فإنه يجب أن تفسر إرادتهم هذه على أساس أن حق الإدارة في تطبيقه، يجب ألا يمارس إلا في حالات التقصير الشديد التي يتعرض فيها المرفق العام للخطر، بحيث "يقتصر تطبيق هذا الاتفاق على حالات الخطأ العادي. على أن يختص قاضي العقد بتقدير هذه الحالة أو تلك"[3].

ومع ذلك، يلاحظ أن غالبية الفقه، تتفق على أن النص في العقد بعدم جواز سحب الإدارة للمقاولة في عقود الأشغال العامة، يعتبر باطلا ولا يعتد به[4].

علما بأن القضاء الإداري قد اعترف بحق الإدارة في ممارسة سلطة توقيع جزاء سحب

---

(1) المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 981.

(2) جيز(Jeze)، المرجع عينه، ص 982.

- قريب من هذا المعنى: إرب(Erb)، تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 37.

(3) فؤاد العطار، عقد الأشغال العامة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 256.

(4) ينظر كمثال: بونار(Bonnard)، موجز القانون الإداري، مرجع سابق، ص 626. وكذا عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 214.

العمل من المقاول، كإجراء مشروع حتى لو لم يكن منصوصا عليه صراحة في العقد[1].

وفي الواقع، فإنه غالبا ما ينص في عقود الأشغال العامة أو دفـاتر الشـروط علـى هـذا الجزاء، نظرا إلى أهميته العملية بالنسبة إلى أطراف العلاقة التعاقدية.

ثالثا: الأفعال المبررة لسحب العمل من المقاول

إن دراسة تطبيقات سلطة الإدارة في توقيع جزاء سحب العمل من المقاول المقصـر عـن تنفيذ عقد الأشغال العامة، وكذا الأحكام القضـائية الصـادرة عـن القضـاء الإداري بصـدد المنازعات الناشئة عن ذلك، تقودنا - بما لا يدع مجالا للشك - إلى تقرير حقيقـة أن جـزاء السحب من الجزاءات القاسية إذا قورنت بالجزاءات المالية، ومن ثم لا تستطيع الإدارة ممارسته إلا إذا كان خطأ المقاول على درجة معينة من الجسامة؛ إذ إن الأخطاء ذات الأهمية المحـدودة لا تكفي لفرضه. ومع ذلك يلاحظ أن الأفعال التي تبرر فرض هذا الجزاء كثيرة ومتنوعة، إذا قارناها مع حالات فرض الحراسة في عقود الالتزام، لذلك فإن قاضي العقد يمتلـك فـي هـذا الصدد، سلطة تقدير واسعة لقياس مدى خطورة الخطأ بالنظر إلى صحة الجزاء المذكور.

ونرى من المفيد، أن نذكر أهم تلك الأفعال (الأخطاء) التي تبرر هذا الجزاء، بالنظر إلى ما تردد في أحكام القضاء الإداري[2]، وما أشار إليه عامة الفقه، وذلك حتى يستقيم الأمر وتبـدو

---

(1) من أحكام مجلس الدولة المصري المؤيد لمسلك مجلس الدولة الفرنسي، على النحو المشار إليه أعـلاه: حكم المحكمة الإدارية العليا في 1962/12/16، المجموعة، السنة 07 ، ص 102.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1964/03/14، المجموعة، السنة 09، ص 787. وكذلك من الفتاوى الحديثة للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري، الفتـوى الصـادرة فـي 1992/03/22، مجموعة الأربعين عاما، ص 625؛ وقد حصر القاضي الإداري بموجبهما - وغيرهما - أهم الأفعال التي بناء عليها تتخذ الإدارة جزاء سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة.

الصورة أكثر وضوحا، على النحو الآتي:[1]

1 ـ عدم التزام المقاول بالمدد المتفق عليها في العقد أو دفتر الشروط.

2 ـ عدم استجابة المقاول لتنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة إليه من الإدارة، يعتبر ـ بحد ذاته ـ مبررا كافيا لسحب العمل ووضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة.[2]

3 ـ تواجد المقاول في مركز مالي سيء، يمكن أن يمنعه من أداء التزاماته التعاقدية، مثل عدم صرف أجور العمال لديه بانتظام.

4 ـ عدم إصلاح العيوب المبينة في محضر التسليم المؤقت للأعمال، أو في أي إجراء لاحق.

5 ـ يمكن أن يتم سحب العمل من المقاول، بسبب "مجموعة من المخالفات، التي لا تعتبر أي منها بذاتها مبررا كافيا لهذا الإجراء، ولكنها تظهر في مجموعها إهمالا شديدا من المقاول في تنفيذ التزاماته، يسوغ تطبيق الجزاء المذكور"[3].

---

(1) يراجع بصدد التعليق على هذه الأفعال بصفة عامة: محمد يوسف المعداوي، مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الثاني، الأشغال العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1984 ص 23ـ24. وكذا وليد فاروق جمعة، حماية المقاول في إطار عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية حقوق ـ جامعة عين شمس، 2000، ص81 وما بعدها.

(2) معلوم من الناحية العملية، أن تنفيذ شروط عقد الأشغال العامة يتم تحت عناية الإدارة، وتوجيهها بطريق أوامر مصلحية تصدرها الإدارة إلى المقاول. وتتمتع "هذه الأوامر بامتياز مضاعف، باعتبارها أعمال سلطة actes d'autorité تستمد من ذاتها قوتها النافذة، كما تقبل التنفيذ المباشر من دون اشتراط عرض ما تقرره على القضاء"؛ إرب(Erb)، تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 40.

(3) جيز(Jeze)، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 990.

ـ رفضت محكمة استئناف محافظة (الضالع) اليمنية، طلب أحد المقاولين بإلغاء قرار وزارة الإدارة المحلية بسحب المقاولة منه، لإهماله في تنفيذ المقاولة؛ صحيفة(الوسط)، في 2007/07/25، العدد 158، ص 07.

أما في التشريع المقارن، فإنه علاوة على تنظيم المشرع لالتزامات المتعاقد(المقاول) التي يعد عدم الالتزام بها، مبررا كافيا لتوقيع جزاء سحب المقاولة منه[1]، فقد تضمن صراحة الأفعال التي تبرر للإدارة سلطتها في توقيع هذا الجزاء. ولوحظ أن النصوص القانونية والتنظيمية، جاءت متوافقة فيما بين الدول المقارنة إلى حد كبير، من حيث تنظيمها لأهم تلك الحالات. ومن ذلك ما جاء في المواد (35،10) من دفاتر الشروط الإدارية العامة للطرق والكباري في فرنسا[2]. ونصوص دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة في الجزائر، لاسيما المادة (35) منها. والمواد (84،79) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في مصر والمواد (109،104،97) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في اليمن. وقد أشارت كل هذه النصوص إلى ما يبرر جزاء السحب لاسيما في حالات التوقف عن العمل، أو الانسحاب منه، أو التوقف عن العمل لمدة تزيد عما حدد له، أو الإخلال بأي شرط من شروط العقد، أو إغفال الالتزامات المقررة، أو الإهمال، أو الغش ... إلخ.[3]

---

(1) من النصوص التي تحدد التزامات المقاول بشكل عام، نذكر أهمها: المادة (68) من المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، والمواد (11،02) من دفاتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة. وكذا المادة (108) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني. وكذلك المواد (81،80) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري؛ علما بأن أهم ما أشارت إليه هذه المواد، هي مسؤولية المقاول المباشرة عن الأعمال، والمنشآت، والأدوات وصيانتها والحفاظ عليها، وإجراء التصاميم اللازمة ... إلخ.

(2)يراجع في تفاصيلها: هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 195 ـ 199.

(3) علما بأنه قد سبق الإشارة إلى أن هذه التشريعات، تعد مصادر أساس في دراستنا.

وحاصل القول، إن الحالات التي تناولتها المواد المذكورة آنفا، وإن كانت قد تضمنت بعض الحالات التي تستطيع الإدارة من خلالها فرض جزاء سحب العمل من المقاول،وجاءت منسجمة مع ما أشار إليه الفقه والقضاء الإداري بحسب ما بيناه سلفا؛ فإنه لا يمكن فهمها إلا على أساس أن المشرع قد عدها بمثابة حالات أساس، وليس على أنه حصرها على سبيل التحديد.

إلا أن ما يحسب لها من وجهة نظرنا، أنها أشارت - أيضا وبوضوح - إلى أن أي إخلال جسيم من جهة المقاول بشروط العقد بصفة عامة، يمكن أن يؤدي إلى سحب العمل منه، ومـن ثم إعادة تنفيذه على حسابه وعلى مسؤوليته[1]. ذلك أننا نميل إلى الرأي القائل بأن مـا يـنص عليه المشرع من أخطاء تعاقدية، قد يرتكبها المقاول في أثناء تنفيـذ عقـد الأشـغال العامـة وتستطيع الإدارة على إثرها فرض جزاء السحب؛ إنما هي واردة على سبيل المثال لا الحصر على أساس أن وسائل الضغط والإكراه التي تلجأ إليها الإدارة، تستمد أساسها من الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، وصلته بالمرفق العام ومقتضيات سير هذه المرافق بما يحق للإدارة أن تسـحب العمل من المقاول في كل حالة يخطئ فيها. وذكر تلك الحالات إنما يقيد القاضي فقط بعدم بسط رقابة الملاءمة على قرار الإدارة الصادر بهذا الجزاء في أية حالة منها، أما في غيرهـا فـإن للإدارة أن تسحب العمل، ولكن يكون للقضاء في هذه الحالات الحكم علـى ملاءمـة السـحب للأخطاء المنسوبة إلى المقاول[2].

---

(1) مثلا:المادة(25) من قانون المناقصات المصري،والمادة(75)من لائحته التنفيذية. علما بأن الأخيرة جاءت متطابقة مع الأولى شكلا ومضمونا، وذلك بغير ما هو متعارف عليه، من أن المادة اللائحية - التنفيذية- في التشريع الثانوي (اللوائح) إنما تكون مفصلة للمادة القانونية في التشريع العادي (القانون).

(2) من الداعيين لهذا الرأي: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص535.

رابعا: خصائص سحب العمل من المقاول

1 ـ يعد سحب العمل من المقاول المقصر، إجراء مؤقتا لا يترتب عليه إنهاء عقد الأشـغال العامة. وهو تطبيق للقواعد العامة في وجوب تنفيذ العقد عينا، ولكن في إطار نظـام قـانوني يختلف في القانون العام عنه في القانون الخاص، لتعلق الأمر بمقتضيات سير المرافق العامـة بانتظام واطراد. وفي ذلك ذهب غالبية الفقه إلى القول بحق الإدارة في توقيع هذا الجزاء حتـى لو لم ينص العقد صراحة على ذلك. وهو الأمر الذي يختلف مع ما هو متعارف عليه في قواعد القانون الخاص، التي تستلزم وجود نص في العقد أو في القانون يبيح لرب العمل سحب العمل وتنفيذه على مسؤولية المقاول المقصر. وكذلك فإن القضاء الإداري قد أصدر أحكاما قضـائية أقرت بذلك صراحة، وليس في قضاء مجلس الدولة الفرنسي فحسب؛ وإنما في قضاء مجلـس الدولة المصري أيضا. وبعيد عن محاجة كل تلك الآراء التي قيلت، فإنه من الناحيـة الواقعيـة والتطبيقية، غالبا ما تنص دفاتر الشروط على هذه السلطة(1).

2 ـ يتخذ جزاء السحب من قبل الإدارة بموجب قرار صادر عنها، فيما تمتلكـه مـن حـق استعمال امتياز التنفيذ المباشر ومن دون الحاجة للالتجاء إلى القضاء، أو اتخاذ إجـراء آخـر. وسلطتها في ذلك مؤيدة تشريعيا، بموجب النصوص القانونية ذات العلاقة، لاسيما في تشريعات

---

(1) للمزيد، يرجى مراجعة: دي لوبادير (De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجـزء الثـاني ص 152. وكذا هوريو(Hauriou)،الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 806. وكذلك رياض عبد عيسى، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ عقد الأشغال العامة، مذكرته للماجستير، مرجع سابق،ص240ـ 241.

ـ جاء في أحكام مجلس الدولة المصري في هذا الشأن ما يأتي: "تملك الإدارة الحلول محل المتعاقد معها في تنفيذ التزامه التعاقدية أو تكليف الغير بذلك، حتى ولو لم يتضمن العقد الإداري النص على ذلك"؛حكم المحكمة الإدارية العليا في 1994/01/25، الطعن رقم 1181، لسنة 33 ق، مجموعة الأربعين عاما، ص 598.

المناقصات والمزايدات، التي تعد ـ كما هو معلوم ـ التشريع الأساس لتنظـيم أحكـام إبـرام وتنفيذ عقود الإدارة، وأهمها عقودها الإدارية. وفي هذا الإطار نذكر ـ تمثيلا لا حصرا ـ مـا عبر عنه المشرع المصري في قانون المناقصات وتحديدا في المادة (25) بقوله: "يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط مـن شـروطه. ويكـون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة". وقد اتبعها في المـادة (26) بعبارة "من دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء"، وبهذا المعنى جـاءت المـواد (84،75) مـن لائحته التنفيذية. كما أنه غير بعيد عن المعنى المذكور أعلاه، جاء في التشريع اليمني، وتحديدا في المواد (110،109) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات. وهو ـ أيضا ـ ما تم الـنص عليه في المادة (35) من دفاتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964على صفقات الأشغال العامة في الجزائر. ونود بهذا الخصوص الإشارة إلى أن المشرع المصري قد كان موفقا، عندما نص صراحة على حق الإدارة بتطبيق هذا الجزاء، وذلك في القانون عينه.[1]

3 ـ تطرقنا في السابق إلى الرقابة القضائية، وأشرنا إلى أن الإدارة وإن كانت تنفـرد مـن جانب واحد بتوقيع الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته، إلا أن قراراتها بهذا الصدد تخضع

---

(1) سبق الإشارة إلى هذه النصوص والمواد القانونية والتنظيمية.

ـ الجدير بالإشارة، أن المشرع الجزائري ، وإن كان لم ينص بوضوح إلى تنظيم سحب العمل من المقـاول في عقد الأشغال العامة في متن المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العموميـة، إلا أن ثمـة بعـض الإشارات التي يمكن تفسيرها وأخذها بهذا المعنى، وذلك مما جاء في نص المواد (82،71،68،62،61،59) إذ تم الإشارة إلى حق المصلحة المتعاقدة في اقتطاع المستحقات اللازمة للإدارة كافة قبل المتعامل المتعاقـد خاصة تلك التي توفر ضمانة حقيقة للتنفيذ الكامل والمرضي عنه، وأن لا تتم تسوية حساب المتعاقد إلا بعـد التنفيذ الكامل لموضوع العقد وعلى مسؤوليته الكاملة. وكذلك يمكن الاستفادة مما جاء في مواد القسم السادس منه، وإن كانت خاصة بالتعاقد من الباطن.

لرقابة القضاء، التي تعتبر حقا مكفولا في الدول المقارنة بموجب التشريعات علـى اخـتلاف مستوياتها، ولا يمكن الادعاء بغير ذلك على الإطلاق[1].والرقابة القضائية على قـرار الإدارة بسحب العمل من المقاول المقصر في عقد الأشغال العامة، رقابة إلغـاء وتعـويض يمارسـها قاضي العقد. أما في رقابة التعويض - بالشكل الذي أشرنا له سلفا - فثمة إجماع في الـدول المقارنة عليها ولا داعي إلى التكرار. غير أن الاختلاف يبدو واضحا في هذه الدول بالنسبة إلى رقابة الإلغاء. فبينما في فرنسا، يكتفي قاضي العقد بالحكم بالتعويض جـراء الإجـراء غيـر المشروع بالسحب من قبل الإدارة، فإنه في مصر، يحكم مجلس الدولة المصـري بـالتعويض علاوة على اختصاصه بإلغاء إجراء الإدارة بالسحب غير المشروع[2]. أما في الجزائر، وكذلك في اليمن، فلم نجد تشريع ما يمنع المقاول من الحق بالمطالبة بإلغـاء جـزاء السـحب غيـر المشروع، أو أن القضاء قد اصدر أحكاما تقضي بعدم إمكانية الطعن في ذلك.

ومن جانبنا نحبذ الرؤية المصرية لقضاء مجلس الدولة، المؤيدة فقهيا بهذا الشأن، وحجتنـا في ذلك أنه لا يوجد أساس قانوني صالح للقول باكتفاء حق قاضي العقد بالحكم بالتعويض فقط من دون الحكم بإلغاء الجزاء غير المشروع بالسحب. ثم إن مسلك مجلس الدولة الفرنسي، محط

---

(1) أما أعمال السيادة التي تأخذ بها بعض الدول المقارنة، فمجال إعمال الرقابة القضائية على تنفيذ العقـود الإدارية، يخرج عن دائرتها، ومن ثم لا علاقة لها بهذه الأعمال بطبيعة الحال.

(2) تطرقنا إلى ذلك سلفا في المطلب السابق، عند الحديث عن مسلك مجلس الدولة الفرنسي - بعكس مثيلـه المصري - القاضي بالتفرقة بين عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة، من حيث رقابة قاضي العقـد علـى قرار الإدارة غير المشروع، فبينما يعطي الحق للقاضي بالإلغاء والتعويض عن قرار الإدارة بفرض الحراسة في عقود الالتزام، فإنه لا يعطى له إلا الحكم بالتعويض بالنسبة إلى جزاء السحب غير المشروع في عقـود الأشغال العامة، ولا حاجة لنا إلى تكرار ما قد سبق تفصيله.

نقد كثير من الفقهاء في فرنسا والدول المقارنة الأخرى[1].

4 ـ من المسلم به كقاعدة عامة في أثناء تطبيق جزاء سحب العمل من المقـاول، أن تقـوم الإدارة بإعذار المقاول قبل توقيع الجزاء عليه، وذلك بخلاف الوضع في أثنـاء توقيـع جـزاء فرض الحراسة؛ إذ رأينا أن الإدارة تستطيع فرضه من دون ضرورة الالتزام بالإعذار المسبق.

وفي ذلك يشير الفقه والقضاء الإداري، إلى أن إعذار المقاول قبل وضع المقاولـة تحـت الإدارة المباشرة، يجب أن يعقبه مهلة كافية لكي يصلح مخالفاته[2].

هذا، ويعد الإعذار شرطا جوهريا في القانون الفرنسي، وعدم التزام الإدارة به يعد عيبا في الشكل، يؤدي إلى بطلان وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة[3]. ومع ذلك تستطيع أن تحـل محل المقاول وتنفذ الأعمال في حالة الاستعجال، ومن ذلك ـ مثلا ـ ما قررته المادة (35) من دفاتر الشروط الإدارية العامة للطرق والكباري في فرنسا.[4]

---

(1) يراجع بالنسبة إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والنقد الذي قوبل به من قبل جانب من الفقه، سواء في فرنسا أو في مصر، على سبيل المثال: هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 239 ـ 245.

(2) ينظر بذلك: جيز(Jeze)، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سـابق، الجـزء الثالـث، ص 1002 وما بعدها. وكذا فؤاد العطار، عقد الأشغال العامة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 262 ـ 263.

ـ وفي أحكام القضاء الإداري: حكم محكمـة القضـاء الإداري المصـرية، الصـادر فـي 1953/06/21 المجموعة، السنة 07، ص 1643؛ وقد أقرت فيه بوجوب إعطاء مهلة إضافية عند إعذار المقاول قبل توقيع جزاء السحب عليه.

(3) في هذا المعنى: دي لوبادير(De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 139.

(4) ينظر: هارون عبد العزيز الجمل، المرجع المذكور أعلاه، ص 200 ـ 211؛ وقـد تنـاول بالتفصـيل الاستثناءات المتعلقة بقاعدة الإعذار، وأحكام دفاتر الشروط الإدارية العامـة للطـرق والكبـاري، لاسـيما المادة(35)، وتطبيقات مسلك مجلس الدولة الفرنسي بهذا الشأن.

وغير بعيد عن هذا السياق، ما جاء في المادة (35) من دفاتر الشـروط الإداريـة العامـة المطبقة على صفقات الأشغال العامة في الجزائر، من أنه: "لا تقل المهلة عن عشرة أيام ابتداء من تبليغ الإنذار، ماعدا في الحالات المستعجلة"[1].

أما في التشريع المصري، فإنه يتطلب إعذار المتعاقد (المقاول) قبل سحب العمل منه، وقـد جاء فيه: "إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو اغفل القيام بأحـد التزاماتـه المقررة، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إنذاره بكتـاب موصـى بعلـم الوصول على عنوانه المبين في العقد بالقيام بإجراء هذا الإصلاح...كان للسلطة المختصة الحق في سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها"[2].

وكذلك الأمر في التشريع اليمني، إذ تطلبت لائحة المناقصات قبل سحب العمل من المقاول أن يتم "تنبيهه بموجب إخطار مكتوب يسلم له أو للمندوب المعين من قبله، ويعتبر ذلك الإخطار كأنه سلم له شخصيا"[3].

ونود استكمالا للموضوع، أن نشير إلى أنه بالإضافة إلى حالة الاستعجال التي يمكن للإدارة

---

(1) مصدر سبق ذكره.

(2) المادة (84) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، مصدر سبق ذكره.

- مع ملاحظة أن المشرع المصري في المادة (25) من قانون المناقصات قد قلل من شأن الإعذار، وذلـك عندما عد الإعذار مجرد إخطار، وذلك بقوله: "... ويكون التنفيذ على حساب المتعاقد بقـرار مـن السـلطة المختصة يعلن للمتعاقد بكتاب موصى بعلم الوصول على عنوانه المبين فـي العقـد". علمـا بـأن قـانون المناقصات اليمني لم يتضمن موضوع الإعذار الذي يسبق جزاء سحب العمل من المقاول، وكذلك المرسـوم الرئاسي الجزائري للصفقات العمومية. ونعتقد أنه من الأفضل لو تم التطرق إليـه فيهمـا، لاسـيما قـانون المناقصات اليمني، طالما وقد تم الإشارة إليه في لائحته التنفيذية، وذلك لأهمية الإعذار من الناحية القانونيـة والعملية للمتعاقد (المقاول) في أثناء تطبيق الجزاء عليه.

(3) المادة (109) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، مصدر سبق ذكره.

أن تعفى من ضرورة إعذار المقاول قبل توقيع الجزاء عليه، فإن الفقه يشير ـ أيضا ـ إلى حالة النص الصريح في العقد على إعفائها، وكذلك في حالة "إن لم يكن هناك جدوى من الإعذار كما في حالة الإخلال بالالتزام الذي لا يمكن إصلاحه"[1].

خامسا: الآثار القانونية لسحب العمل من المقاول

ثمة العديد من المترتبات على إجراء الإدارة القاضي بسحب العمل من المقـاول، ويمكـن حصر أهمها فيما يأتي:

1 ـ يعد جزاء سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة، إجراء مؤقتا لا ينتهي بـه العقد، حيث يظل المقاول مسؤولا عن الأعمال، مع أنه يستبعد مؤقتا عن تنفيذها.

2 ـ للإدارة سلطة تقديرية في اختيار الوسيلة المناسبة لتنفيذ الأعمال التي عجز المقاول عن أدائها. وبناء على ذلك أعطى المشرع المقارن للإدارة حرية الاختيار مما يأتي:[2]

(أ) أن تقوم بنفسها بتنفيذ تلك الأعمال كلها أو بعضها؛ وفي هذه الحالة يجب علـى الإدارة أن تلتزم بالمواصفات عينها، التي تم إبرام العقد مع المقاول بصددها. وقد قرر القضاء الإداري في هذا الشأن: "أنها تقوم في هذه الحالة بدور الوكيل فتلتزم بما جاء في المواد القانونية المدنية المنظمة لعمل الوكالة"[3].

---

(1) Montmerle (Jacques), Passation et exécution des marchés des travaux publics Paris, 1967, p. 206.

(2) يراجع في ذلك: الفقرة (ب) من المادة (109) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني. وكذا المادة (84) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، وكذلك المادة (35) من دفاتر الشروط العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة في الجزائر، مصادر سبق ذكرها.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1962/11/17، الطعن رقم 2014، السـنة 06 ق

(ب) أن تنفذ العمل بواسطة مقاولين آخرين، وذلك بأن تلجأ إلى استخدام الوسائل والطـرق المقررة قانونا في التشريع المعمول به.

3 ـ يكون "للإدارة احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشـآت ومبـان وآلات وأدوات ومواد وخلافها... كما يكون لها الحق أيضا في الاحتفاظ بها حتى بعد انتهـاء العمـل ضمانا لحقوقها"[1].

4 ـ في كل الأحوال يتم تنفيذ الأعمال التي قصر المقاول الأصلي عن تنفيذها، على حسـابه وتحت مسؤوليته الكاملة.

5 ـ إذا كان "لا يجوز للإدارة أن تجمع بين جزائي فسخ العقد وسحب العمل، نظرا إلـى أن الفسخ يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، وهو ما يتعارض مع طبيعة جزاء سـحب العمـل"[2] فإن الجمع بين سحب العمل والجزاءات الأخرى يكون ممكنا. فالإدارة تستطيع أن تستمر فـي فرض الغرامة التأخيرية حتى بعد سحب العمل من المقاول المتأخر. كما يجوز لها أن تطالـب بالتعويض عن الأضرار التي تحدث بسبب إخلال المقاول بتنفيذ المقاولة الذي سحبت من أجلـه

= المجموعة، السنة 02، بند رقم 07، ص 66.

ـ من نافلة القول، إن جيز(Jeze) كان قد انتقد تعبير مجلس الدولة الفرنسي الذي أطلقه بصدد المندوب الذي تعينه الإدارة لإدارة الأعمال وتنفيذها، معتبرا أنه في الأصل مندوبا عن المقاول، وليس مندوبا عـن الإدارة؛ مؤلفه (المبادئ العامة للقانون الإداري)، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 1005.

(1) الفقرة الثانية من المادة (84) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري. وفي معناهـا المواد (86 ـ 88) من اللائحة عينها، وكذلك في النصوص التشريعية للدول المقارنة الأخـرى، التـي تـم الإشارة إليها سلفا، لاسيما في هامش الصفحة السابقة.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر في 1957/01/13، الطعـن رقـم 493، لسـنة 06 ق المجموعة، السنة 11، بند رقم 99، ص 42؛ وحكمها الصادر في 1958/06/15، لسنة 11 ق، المجموعـة السنة 12، بند رقم 122، ص 129.

الأعمال[1] وكذلك تحصيل المصروفات الإدارية الزائدة كافة، التي نتجت عن سحب العمل.[2]

6 ـ يميز الفقه بين حالة ما إذا كان جزاء سحب المقاولة يمكن أن ينصب على الأعمال كلها أم جزء منها.

فبينما رأى جانب منه، أنه يجب أن يكون كليا، ما لم يوجد نص تعاقدي أو قانوني يقضـي بغير ذلك. كون الوضع الجزئي يثير الكثير من المشاكل والصعاب، ومن المحتمـل أن تكـون الأجزاء التي لم ينفذها المقاول هي الأكثر ربحا بالنسبة له، ومن ثم يكون من غير المقبـول أن تتولى الإدارة تنفيذ هذه الأجزاء، وتترك للمقاول الأعمال الأخرى التي قد تعرضه للخسارة. كما أنه ـ من ناحية أخرى ـ يصعب توزيع العمال والمهمات والمؤن والأدوات المستخدمة فـي تنفيذ الأشغال مابين المقاول والإدارة.[3]

رأى جانب آخر، أنه ليس هناك ما يمنع من وضع المقاولة تحت الإدارة المباشـرة جزئيـا مادام أن طبيعة الأشغال تسمح بذلك.[4]

ونحن من جانبنا، نؤيد الاتجاه الأخير، ونرى جواز لجوء الإدارة إلى سحب العمل جزئيـا

---

(1) يرجى مراجعة مواد التشريع المقارن، التي بيناها في أثناء دراسة سلطة الإدارة في توقيـع الجـزاءات المالية، في المبحث السابق، وسيلاحظ أنها تقر إمكانية الجمع بينها وبين جزاء سحب المقاولة.

(2) تعتبر المصروفات الإدارية جزاء تبعيا، تفرضه القواعد العامة للجزاءات في أثناء تنفيذ العقود الإدارية. وقد ألمحنا لذلك سلفا. وفي حقيقة الأمر، أن المشرع المقارن كان أدرج تنظيمها، ضمن النصوص التشريعية المتعلقة بجزاء سحب المقاولة، وجزاء الشراء على حساب المورد، والجزاءات المالية والفاسخة.

ـ وبشكل عام، أقر القضاء الإداري بإمكانية الجمع بين جزاء سحب العمل والمصروفات الإدارية في العديد من أحكامه؛ ومنها حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1994/01/25، الطعـن رقـم 1181 السنة 33 ق، مجموعة الأربعين عاما، ص 598.

(3) ومنهم: إرب(Erb)، تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 96 ـ 97.

(4) ومنهم: دي لوبادير(De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 161.

من المقاول، لاسيما في مقاولات الأعمال التي تقبل بطبيعتها التجزئة، وكـان لا يوجـد نـص تعاقدي أو قانوني يقضي بخلاف ذلك، علما بأننا لاحظنا أن المشرع المقارن، قد أجاز سـحب العمل جزئيا، وذلك مثلما جاء في المادة (86) من لائحة المناقصات والمزايدات في مصر، بأنه في: "حالة سحب العمل كله أو بعضه...".

7 ـ لا يرتبط هذا الجزاء بفترة زمنية معينة. ومن ثم يمكن للإدارة ـ تبعا للظـروف ـ أن تستمر فيه حتى تمام تنفيذ الأعمال واستلامها نهائيا.[1]

على أنه يمكن للمقاول أن يطلب إنهاء حالة جزاء سحب العمل "وإعادة الأعمال إليه لإتمام تنفيذها، إذا اثبت أنه أصبح يملك من الوسائل الكافية، ما يمكنه من استئناف الأعمال، والوصول بها إلى نهاية مرضية. وتستقل الإدارة بتقدير هذه الوسائل من دون رقابة عليها من القاضي"[2].

كما أنه يمكن أن ينتهي هذا الإجراء المؤقت بفسخ العقد. وهذا الفسخ إما أن يكون مجـردا أو مصحوبا بإعادة طرح المقاولة في مناقصة جديدة على حساب وتحـت مسـؤولية المقـاول المستبعد، وفي "كلتا الحالتين ينتهي العقد ذاته"[3].

---

(1) في هذا المعنى: عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 236.

(2) دي لوبادير(De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 162.

ـ فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري لمجلس الدولة المصري في 1960/05/16، مجموعة المبـادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في خمسة عشر عاما، المكتب الفني، ص 239.

(3) جيز(Jeze)، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 1007.

المطلب الثالث

الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد في عقود التوريد[1]

أولا: تعريف الشراء على حساب ومسؤولية المورد[2]

من المسلم به فقها وقضاء، أن للإدارة الحق في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، في الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد معها، الذي يتخلف عن أداء التزاماته. هذا ولئن كان الشراء على حساب المتعاقد يتعلق - ويكثر - في عقود التوريد، فإنه يمكننا تعريفه على النحو الآتي: أنه عبارة عن إجراء تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة تجاه المتعاقد(المورد)، الذي تخلف عن توريد الأصناف المتعاقد عليها بموجب العقد المبرم في المدة المحددة، أو تخلف عن توريدها بالمواصفات المطلوبة والمحددة في العقد. وذلك بأن تقوم بتنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته.[3]

---

(1) يعرف عقد التوريد، بأنه: "اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة، للشخص المعنوي العام، لازمة لمرفق عام، وذلك مقابل ثمن معين يحدد في العقد"؛ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر في 1952/12/02، الطعن رقم 625 لسنة 04 ق، المجموعة، السنة 07، بند رقم 61، ص 76.

(2) يطلق "على هذا الإجراء الجزائي في القانون الفرنسي عبارة l'exécution temporaire du service par défaut أو عبارة l'achat par défaut "؛ عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 238. بينما يطلق عليه في تشريعات المناقصات والمزايدات اليمنية - على سبيل المثال - بعبارة شراء الأصناف على حساب ومسؤولية المورد.

(3) ينظر في تعريفه: هوريو(Hauriou)، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 850. وكذا حسين درويش عبد العال، وسائل الضغط في العقود الإدارية، مقاله، مرجع سابق، ص 50 وما بعدها. سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا، مرجع سابق، ص 207 - 208. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص 219 - 220 . وكذلك مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، مرجع سابق، ص 103.

ثانيا: الطبيعة القانونية للشراء على حساب ومسؤولية المورد

إذا كانت طبيعة الجزاء الضاغط عموما تتعلق بالطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، فإنه من غير المتصور ألا يكون الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد، من هذه الجزاءات المقـررة بقـوة القانون والمتعلقة بالنظام العام، التي لايجوز لأطراف العلاقة التعاقدية الاتفاق على اسـتبعادها في أثناء إبرام هذه العقود.

وفي هذا يجيب (أحمد محيو) عن سبب استبدال المتعاقد العاجز بآخر لتنفيذ العقـد، وعلـى نفقته في مجال تنفيذ العقود الإدارية باعتباره من الجزاءات الصارمة، بالقول: "تستهدف العقود الإدارية تأمين سير المرافق العمومية، وتحقيق حاجات الصالح العام"(1).

وعلى هذا الأساس، تؤيد غالبية الفقه، علما بأن مجلس الدولة الفرنسي كان قد اعترف فـي وقت سابق، بحق الإدارة في الحلول محل المتعاقد (المورد) العاجز عن أداء التزاماته، ومن ثم تنفيذ العقد على حسابه وتحت مسؤوليته، ومن دون أن يشترط النص على ذلك صـراحة فـي العقد(2)، وكذلك القضاء الإداري العربي الذي انتهج النهج عينه في وقت لاحق.(3)

غير أنه لزاما علينا، أن نشير إلى ما ردده بعض من الفقه ـ وهم القلة فيما يبدو ـ من أن

---

(1) محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص 248 ـ 250.

(2) لاسيما في حكمه:

ـ C.E. 18 Janvier 1928, Kimmoun, Rec. p. 77.

(3) ينظر في قضاء مجلس الدولة المصري كمثال: حكم المحكمة الإدارية العليا المصـرية، الصـادر فـي 1961/12/16، مجموعة المكتب الفني، السنة 07، بند رقم 14، ص 102؛ وحكمهـا فـي 1964/02/01 مجموعة المكتب الفني، السنة 09، بند رقم 48، ص571. وكذلك فتوى الجمعية العمومية لقسـمي الفتـوى والتشريع بتاريخ 1962/08/29، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليـا والجمعيـة العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في خمسة عشر عاما، مجموعة المكتب الفني،ص245.

هذا الجزاء لا يعد من النظام العام، ويمكن للأطراف المتعاقدة تبعا لذلك، استبعاده بمقتضى نص عقدي صريح. علما بأن حجتهم الأساس، تتمثل "في أن عجز المورد عن تنفيذ التزاماته لا تترتب عليه أية نتائج خطيرة، إذ يمكن للإدارة أن تتدخل فورا - حينئذ - بأن تفسخ العقد المبرم، ومن ثم تبرم عقدا جديدا مع آخر، وعليه لن يكون المرفق العام مهددا بالتوقف"(1).

وعلى أية حال، يعتقد الباحث صحة وصواب ما أشارت إليه عامة الفقه، المؤيدة لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، من أن طبيعة جزاء الشراء تتعلق بالنظام العام. وأن الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد في عقود التوريد، من وسائل التنفيذ العيني في مجال تنفيذ العقد الإداري، التي تتلاءم مع السرعة والمرونة، على وفق ما يقتضيها حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وفي هذا لا تشترك الجزاءات الضاغطة المؤقتة كافة فحسب؛ وإنما الجزاءات جمعيها بصورة عامة(2).

ثالثا: الأفعال المبررة للشراء على حساب ومسؤولية المورد

لابد لنا بداية، من الإشارة إلى أن الفعل الذي يرتكبه المتعاقد في عقود التوريد، يجب أن يكون على درجة من الجسامة، حتى تبرر التنفيذ على حسابه وتحت مسؤوليته. أما الأفعال التي تكون دون ذلك، فإنها لا تكون - بطبيعة الحال - خطأ مبررا لاتخاذ هذا الجزاء.

---

(1)Josse (P.L.),Les travaux publics et l'expropriation, Sirey, Paris, 1958, pp.140-144.

(2) ما لبث القضاء الإداري أن "يؤكد أن الشراء على حساب ومسؤولية المورد، من جزاءات التنفيذ العيني التي تهدف إلى إرغام المتعاقد على أداء التزاماته التي قصر عنها. وجزاء الشراء لا يعد في ذاته عقوبة توقع على المتعهد المقصر؛ وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا ضمانا لاستمرار المرفق العام بانتظام واطراد"؛ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في1962/03/17، طعن رقم 1987، السنة 06 ق المجموعة، السنة 07، بند رقم 48، ص 459.

وعطفا على ذلك، لوحظ أن الأخطاء الجسيمة التي تبرر الشراء على حساب ومسؤولية المتعهد المقصر، التي قررها القضاء الإداري، وأكدها الفقه، قد اتخذت أشكالا مختلفة، يمكن حصرها فيما يأتي:[1]

1 ـ التأخير الجسيم عن تسليم الأصناف المتعاقد عليها.[2]

2 ـ الامتناع أو العجز عن تنفيذ التوريد.[3]

3 ـ تنفيذ العقد على وجه غيرمرض،أو إحلال المتعهد لغيره من دون موافقة جهة الإدارة.[4]

4 ـ الإهمال في تنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه العقد على وجه يعرض المرفق العام للخطر.

ولعله من المفيد أن نشير في هذا الصدد، إلى ملاحظتين مهمتين. أما الأولى: فتكمن في أن هذا الجزاء، لا يطبق إلا بالنسبة إلى الالتزام المستحق الأداء، الذي لم يف به المورد، وبذلك

---

(1) للاستزادة، يمكن مراجعة: عبد المجيد محمد الفياض ، نظرية الجزاءات في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق ، ص 240 ـ 241. وكذا محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 233. وكذلك يوسف بركات أبو دقة امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، بحثه لدبلوم الدراسات العليا، مرجع سابق، ص 126 ـ 127 .

(2) ينظر بهذا المعنى في أحكام مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال:

ـ C.E. 23 Mars 1927, Babest, Rec. p. 372.

وكذا في قضاء مجلس الدولة المصري، كمثال: حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في 1952/05/13 طعن رقم 296، السنة 03 ق، المجموعة، السنة 06، بند رقم 368، ص 957.

(3) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر في 1957/03/17، الطعن رقم 185، المجموعة السنة11، ص 273.

(4) الحكم عينه.

لا تخضع الالتزامات المقبلة التي لم يحن أداؤها بعد.

أما الثانية: فإنه لما كان التأخير الجسيم هو أحد أهم الأفعال التي تبرر جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المتعاقد المقصر في عقود التوريد، يلاحظ أن معنى جسامة التأخير تختلف من عقد إلى آخر. فقد يعد التأخير جسيما لمرور ساعات معينة عن تنفيذ أحد العقود، مثلما يكون ذلك عند توريد أغذية لمستشفى ما. وقد لا يكون كذلك في عقد آخر. مما يعني أن الجسامة لا تتوقف على مرور قدر كبير من الزمن، ولكنها تتوقف على طبيعة محل العقد عينه.

وما ينبغي التأكيد عليه - كذلك - أن الإدارة وإن كانت تتمتع بسلطة تقديرية في تقدير مدى جسامة الفعل الذي بموجبه تقرر توقيع جزاء الشراء، فإن قاضي العقد يتمتع هو الآخر بتقدير مدى ملاءمة فعل المتعاقد مع الجزاء المتخذ. وهو الأمر الذي قرره القضاء الإداري.

واستكمالا للموضوع، لوحظ أن تشريعات المناقصات والمزايدات في كل من اليمن ومصر، قد تضمنت بعض النصوص التي أشير فيها لبعض تلك الأفعال التي بناء عليها يحق للإدارة توقيع جزاء الشراء في عقود التوريد. ومن ذلك ما جاء في المادة (109) الفقرة (ب) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني، التي جعلت من عدم توريد الأصناف المتفق عليها في المدة المحددة في العقد، أو توريدها بالشكل غير المتفق عليه في العقد، مبررا كافيا لتوقيع هذا الجزاء. علما بأن المشرع في الفقرة (أ) من هذه المادة، كان قد عد مخالفة المورد لأي شرط من شروط العقد، مبررا كافيا لتوقيع هذا الجزاء. وهي عبارة مفتوحة وغير معينة على وجه التحديد. مما يدل على اعتداد المشرع بما سبق للفقه أن أكده مرارا، من أن حالات ذكر المشرع للأفعال المبررة لجزاء الشراء، ما هي إلا على سبيل ذكر أهمها، وليس على أساس حصرها كلية.

وكذاك الأمر بالنسبة إلى لائحة المناقصات والمزايدات المصرية، إذ جـاء فـي صـدارة المادة (94) منها، أنه: "إذا تأخر المورد عن توريد كل الكميات أو جزء منها في الميعاد المحدد بالعقد ويدخل في ذلك الأصناف المرفوضة... جاز للسلطة المختصة شراء الأصـناف علـى حسابه وتحت مسؤوليته"[1].

أما المرسوم الرئاسي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر، فلم يتطرق للأفعـال المبررة للجزاء، وهو الأمر الذي خالف به المتعارف عليه في هذا الشأن.

رابعا: خصائص الشراء على حساب ومسؤولية المورد

1 - من المستقر عليه فقها وقضاء، أن للإدارة الحق في اتخاذ جزاء الشراء علـى حسـاب وتحت مسؤولية المتعاقد المقصر عن تنفيذ عقد التوريد بنفسها، من دون وساطة القاضي. وفي ذلك يقول دي لوبادير (De laubadère) : "من المسلم به أن للإدارة الحق في أن تقرر تنفيـذ عقد التوريد على حساب وتحت مسؤولية موردها المقصر من دون وساطة القاضي، ومن دون اشتراط النص على هذا الحق في العقد"[2].

ويلاحظ، أن فريقا كبيرا من الفقهاء الفرنسيين في مجرى تحليـل قضـاء مجلـس الدولـة الفرنسي في هذا الشأن[3]، لا يرون حرجا من تأييد ما ذهب إليه جيـز(Jeze) مـن أن سـلطة

---

(1) علما بأن المادة (75) من هذه اللائحة، والمادة (25) من القانون عينه، قد أشارتا في العموم على جـزاء الشراء، والأفعال المبررة له.

(2) العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 158.

(3) يمكن بصدد تفاصيل تلك الآراء، مراجعة: نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير فـي العقـد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام في النظامين المصري والفرنسي"دراسة مقارنة"، رسالته للـدكتوراه، مرجـع سابق، ص 346.

الإدارة في إجراء الشراء: "تعتبر تطبيقا للمبدأ العام الذي يستلهم من المادة (1144) من القانون المدني الفرنسي، تلك التي تجيز للدائن أن يطلب الترخيص له في حالة عدم التنفيذ، بأن يقـوم بهذا التنفيذ بنفسه على نفقة المدين، فإذا كان الدائن في دائرة العلاقات بين فرد وآخر - حيـث المصلحة العامة ليست محل اعتبار وتقدير- يملك هذه الإمكانية؛ فإن الإدارة الدائنة التي تعمل من أجل ضمان سير المرفق العام بنحو مرض، تملك - من باب أولى - تلك السلطة"[1].

والقول يستتبع، أن لمجلس الدولة المصري، أحكاما أشار فيها إلى حق الإدارة فـي توقيـع جزاء الشراء على حساب ومسؤولية المورد، الذي يتخلف عن تنفيذ التزاماته، وذلك من بـاب أولى، بالنظر إلى ما يمكن أن يترخص به الدائن في أثناء تنفيذ الالتزامات التي يتخلـف عنهـا المدين بنفسه وعلى نفقة الأخير، وذلك وفقا لما تجيز به نصوص القانون المدني المصري.[2]

وإجمالا، فإن سلطة الإدارة في توقيع جزاء الشراء بنفسها من دون ضرورة اللجـوء إلـى القضاء، مؤيدة فقها وقضاء وتشريعا[3].

2 - مما هو ثابت ولا نزاع فيه، أن للمورد المستبعد الحق في منازعة صحة قـرار الإدارة بتطبيق جزاء الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته أمـام القضـاء المخـتص. ففـي فرنسـا

(1) المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 1090.

(2) ومنها: حكم المحكمة الإدارية العليـا، الصـادر فـي 1961/12/16، الطعـن 2013، السـنة 06 ق المجموعة، السنة 07، بند رقم 14، ص 110؛ وحكمها - الحديث - الصادر في 1994/01/25، طعن رقم 1181، السنة 33 ق، مجموعة الأربعين عاما، ص 598.

(3) بالنسبة إلى مصر واليمن يرجى مراجعة النصوص التشريعية، التي سبق الإشارة إليها في أثناء التطرق للأفعال المبررة للجزاء. أما في الجزائر فلم يتصدى المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصـفقات العموميـة لذلك صراحة، سوى بعض الإشارات، التي سبق الإشارة إليها في المطلب السابق.

فإنه كمبدأ عام، لايجوز لقاضي العقد أن يحكم بإلغاء هذا الإجراء مهمـا شـابه مـن عيـوب المشروعية، إذ إن ولاية القضاء تقتصر فقط على بحث الحق فـي التعـويض عنـه. ويقـول لافيريير(Laferriere) في هذا الشأن: "إن القاضي الإداري هنا [فرنسا] ملتزم وكما هو الشـأن في عقود الأشغال العامة بالحكم في منازعة مالية بحتة، ويمتنع عليه أي قضاء يمكن أن يعطل سلطات الإدارة"[1]. أما في الدول المقارنة الأخرى؛ لاسيما مصر، فقد تذبذب قضـاء مجلـس الدولة ما بين التصريح بحقه في النظر على أساس رقابة الإلغاء[2]، وبين حصر اختصاصه فقط برقابة التعويض[3]. غير أنه يلاحظ كثرة الأحكام التي اكتفى بها بتعويض المورد المستبعد عن قرار الإدارة المعيب، من دون إلغائه. وذلك على خلاف ما لاحظناه في أثناء دراسـة وتحليـل قراراته وأحكامه المتعلقة بجزاء سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة.[4]

بقي أن نشير، إلى أن حصر مجلس الدولة الفرنسي قضائه، على رقابـة التعـويض فقـط

---

(1) Laferriere (E.),Traité de la juridiction administrative et des recours,02ème édition Tome 02, Paris, 1888 - 1896, p. 140.

(2) تناولنا بعض أحكامه التي تعرض بها على أساس رقابة الإلغاء، في مواضع سابقة من هذه الدراسة.

(3) من أحكامه التي اقتصرت على القضاء بالتعويض فقط: حكم المحكمة الإداريـة العليـا، الصـادر فـي 1991/01/07، الطعن رقم 2074، السنة 34 ق، مجموعة الأربعين عاما؛ علما بأن المجلس في هذا الحكـم كان قد أفصح فيه، عن بعض أوجه الرقابة القضائية على هذا جزاء الشراء على حساب وتحـت مسـؤولية المورد، ومنها: 1 - ألا تكون الأصناف التي اشترتها الإدارة على حساب المورد المستبعد مغايرة للمواصفات المتعاقد عليها في الأصل. 2 - تتحقق المحكمة من عجز المتعاقد مع الإدارة عن التنفيذ. 3 - للمحكمة كذلك أن تتحقق من أن الإدارة أبقت على العلاقة التعاقدية قائمة مع المتعاقد معها. مع ملاحظة أن الفقرة الأخيـرة تعزز مصداقية ما أكدنا عليه بصدد خاصية الإجراء المؤقت التي يتصف بها هذا الإجـراء باعتبـاره مـن الإجراءات الضاغطة. علما بأن نفرا من الفقه يخلط بين هذا الإجراء كجزاء ضاغط، وبـين التنفيـذ علـى الحساب في الجزاء الفاسخ، كما سيأتي بيانه في الفصل الثاني.

(4) يمكن في ذلك مراجعة ما قد سبق التطرق إليه.

وكذلك في بعض أحكام مجلس الدولة المصري، محل نظر جانب كبير من الفقه، أسوة بما قيل في جزاء سحب العمل من المقاول، وقد تعرضنا إلى ذلك تفصيلا.

3 ـ يسلم بعض الفقهاء بقاعدة عدم اشتراط إعذار المتعاقد (المورد) قبل إجراء الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته، في حالة إذا ما رأت الإدارة أن صالح المرفق يقتضي ذلك[1].

وحتى لا نجافي الحقيقة، رصدنا في هذا الصدد أحكاما قضائية للمحكمة الإدارية العليا المصرية، قضت بموجبها بعدم اشتراط إعذار المورد قبل إجراء الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته، وذلك في حالة إذا ما قررت الإدارة أن صالح المرفق العام يقتضي عدم ضرورة إعطاء مهلة للمتعاقد لكي ينفذ التزاماته التي عجز عن تنفيذها في السابق[2].

ونعتقد أن تعميم هذا القضاء على إطلاقه، لا يستقيم بنظرنا مع طبيعة هذا الجزاء، الذي يعتبر من الإجراءات الجزائية المتسمة بالشدة والقساوة، بالنظر إلى مترتباته القانونية على المتعاقد [3].

إضافة إلى ذلك، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد حرص ومنذ أمد بعيد على تأكيد قاعدة وجوب إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه. مع ملاحظة أن المجلس لا يلزم الإدارة في هذه الحالة بضرورة أن تذكر المتعاقد بتفاصيل التزاماته كافة، التي قصر عن الوفاء بها[4].وقد

---

(1) من أولئك: إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 118. وكذا خالد خليل الظاهر القانون الإداري "دراسة مقارنة"، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص 266.

(2) من أحكامها على سبيل المثال: حكمها في 1964/02/28، مجموعة المكتب الفني، السنة 09، ص 622.

(3) ليس في عقود التوريد فحسب؛ وإنما في أية عقود إدارية أخرى تلجأ الإدارة إليها.

(4) يراجع بذلك في أحكامه، على سبيل المثال:

ـ C.E. 23 Fevrier 1945, Sté Générale de Publicité, Rec. p. 40.

لخص جيز(Jeze) الموقف العام السائد في فرنسا في هذا الشأن بقوله: "يعتبر الإعذار السـابق المقدمة العادية لأي إجراء ضاغط، ولا يوجد هنا أي سبب لاستبعاد هذا المبدأ"[(1)].

علما بأن التشريعات الحديثة للمناقصات والمزايدات قد جاءت قريبة إلى حد ما، مع ما هو سائد في فرنسا، بما في ذلك قانون المناقصات والمزايدات المصري ولائحته التنفيذية. إذ ألـزم المشرع بموجب المادة (25) من القانون جهة الإدارة بالإعذار قبل التنفيذ على حسابه وتحـت مسؤوليته، بقوله: "يعلن المتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانـه المبـين فـي العقد". وكذا المادة (75) من لائحته التنفيذية، فضلا عما نص عليه المشرع في المادة (94) من هذه اللائحة، التي أوجبت الإدارة بإعطاء المورد مهلة لتوريد ما تخلف عنها، وذلك "بإخطـاره بكتاب موصى بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقد"[(2)]. والحال كذلك بالنسبة إلى المشرع اليمني، إذ اشترط الإعـذار قبـل قيـام الإدارة بالشـراء علـى حسـاب المـورد المقصـر وتحت مسؤوليته.[(3)]

ونجمل رأينا، بأنه ليس ثمة ما يمنع الإدارة، من اشتراط النص في العقد أو دفتر الشـروط على إعفائها من شرط الإعذار المسبق، قبل تطبيقها لجزاء الشراء على حساب المورد وتحـت مسؤوليته في عقود التوريد - والعقود الأخرى - وبصرف النظر عما يمكن أن يشـير إليـه التشريع المعمول به في مثل هذه الحالة؛ إذ إن الخاص يقيد العام. مع ملاحظة أن النصـوص التشريعية المشار إليها أعلاه، قد خلت من النص صراحة على إعفاء الإدارة من شرط الإعذار.

---

(1) المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 1097.

(2) سبق الإشارة إلى هذه النصوص والمواد سلفا.

(3) بموجب ما جاء في المادة (109) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات، مصدرسبق ذكره.

خامسا: الآثار القانونية للشراء على حساب ومسؤولية المورد

تبرز العديد من المترتبات على إجراء الإدارة بالشراء علـى حسـاب وتحـت مسـؤولية المتعاقد (المورد)، نرى أن أهمها يكمن في الآتي:

1 ـ الشراء على حساب المورد المقصر إجراء مؤقت، لا ينهي عملية التوريد القائمة بـين الإدارة والمورد؛ فالعقد يظل قائما بين أطرافه، ويتم الشراء على حسـاب المـورد الأصـلي وتحت مسؤوليته.[1]

2 ـ للإدارة اختيار الطريق المناسب لإجراء الشراء على حساب وتحت مسؤولية المورد.

وكضمان للمورد المستبعد، يرى الفقه الفرنسي "أن عملية الشراء على مسؤولية هذا المورد تتم كأصل عام بطريق المناقصة، ولكن لا يعد ذلك التزاما قانونيا مطلقـا؛ إذ يسـمح مرسـوم 1882/11/18 في شأن المناقصات والعقود المبرمة باسم الدولة، للإدارة تنفيـذ هـذه العمليـة بطريق الممارسة. ومع ذلك لا يجوز أن يشترك المورد المستبعد في هـذه المناقصـة، ولا أن يكون بائعا بنفسه"[2]. وطبقا للمادة (109) الفقـرة (ب) مـن اللائحـة التنفيذيـة لمناقصـات والمزايدات اليمني "يحق للجهة بموافقة المسؤول المختص شراء الأصناف التي لم يقم المـورد بتوريدها، أو الأصناف المرفوضة من غيره بنفس الشروط والمواصفات التي سـبق الإعـلان عنها وتم التعاقد عليها وعلى حسابه، وذلك بأية طريقة شراء كانت وفي حدود أحكام القـانون

---

(1) في هذا المعنى: دي لوبادير(De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 163.
ـ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1964/02/08، مجموعة المكتب الفني، السنة 09، بند رقم 53، ص 622.

(2) جيز(Jeze)، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 1100.

وهذه اللائحة"[1]. وفي المعنى عينه، جاء في المـادة (94) مـن اللائحـة التنفيذيـة لقـانون المناقصات والمزايدات المصري للإدارة "شراء الأصناف التي لم يقم المورد بتوريدها من غيره على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها بأحـد الطـرق المقـررة بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، والأحكام الواردة بهذه اللائحة"[2].

3 ـ يتحمل المورد الأصلي النتائج المالية كافة، التي تترتب على إجراء التنفيذ على حسـابه بما في ذلك حالة أن أجريت العملية بثمن أقل من ثمن العقد الأصلي، إذ إن الفرق يكون من حق الإدارة ولا شأن للمورد به.[3]

وعلاوة على ذلك، يتحمل المصروفات الإدارية التي يتطلبها إتمام عملية الشراء، وكذلك أية خسائر أو زيادات في الأسعار، فضلا عن غرامة التأخير المستوجب دفعها نظير التأخير.[4]

---

(1) مصدر سبق ذكره.

(2) مصدر سبق ذكره.

(3) قريب من هذا المعنى: ناصر لباد، القانون الإداري Le droit administratif ، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص 441.

ـ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر فـي 1982/11/20، الطعـن رقـم 922، السـنة 26 ق المجموعة، السنة 28، بند رقم 18، ص 93. وكذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم 339، بتاريخ 1995/05/02، مجموعة الأربعين عاما، ص 624 ـ 625.

(4) يراجع في ذلك: النصوص والمواد المذكورة بصدد هذا الجزاء، ومنها ما ذكرنـاه أعـلاه، إذ تضـمنت النص على ذلك صراحة.

ـ صدر حكم للمحكمة التجارية بمحافظة(عدن)، قضى برفض الطعن الذي تقدم به أحـد المـوردين (ت.ع) للزيوت المستخدمة في محطة الكهرباء بمدينة (حجيف) في محافظة(عدن)، الذي طالب بإيقاف الإجراء الذي اتخذته إدارة الكهرباء بمحطة(حجيف)والقاضي بالشراء على حسابه وتحت مسؤوليته الكاملة، بما فـي ذلـك أيضا المصاريف الإدارية والخسائر المالية، المترتبة على تخلفه عن توريد الزيوت بالمواصفات المطلوبـة؛ صحيفة (الناس) الصادرة يوم الاثنين الموافق 2006/05/29، ص 04،01.

4 ـ تعد الإدارة في حالة الشراء على حساب المورد المستبعد، بمنزلة الوكيل عنه.

وترتيبا على ذلك، يقع عليها الالتزام ببذل العناية في أثناء إجراء عملية الشراء تحت مسؤوليته. وعليها في هذه الحالة أن تأخذ بعين الاعتبار القواعد العامة لأحكام الوكالة المنظمة في قواعد القانون الخاص، لاسيما نصوص القانون المدني[1]، وتتحمل بذلك النتائج القانونية المتعارف عليها في القانون المدني، فضلا على أية أحكام تتعلق بالوكالة في القانون الإداري الخاصة بإبرام وتنفيذ العقد الإداري[2].

5 ـ من المحقق، أنه لا يجوز للإدارة أن تجمع بين الشراء على حساب المورد المقصر وتحت مسؤوليته، وبين إنهاء التعاقد فيما يخص الأصناف التي قصر عن توريدها. ذلك أن جزاء الشراء من الجزاءات الضاغطة المؤقتة، التي تهدف إلى إرغام المتعاقد على تنفيذ التزاماته. وليس من الجزاءات التي تؤدي إلى فسخ العقد ـ كما سيأتي بيانه في الفصل الثاني ـ وهو الأمر الذي تقرر صراحة في تشريعات المناقصات في الدول المقارنة.[3]

---

(1) وتحديدا: المواد(571 ـ 590) من القانون المدني الجزائري، والمواد(905 ـ 937) من القانون المدني اليمني؛ وقد جاء فيها تعريف الوكالة، وشروطها، وأحكامها، والآثار المترتبة عنها.

(2) من ذلك: إنه في حالة تسببها بزيادة الأعباء، فإن المورد لا يتحمل إلا الفرق الذي يعود إلى خطئه. يمكن في ذلك بشكل عام، مراجعة: مصطفى عبد المقصود سليم، الوكالة في إبرام العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1995، ص 29 وما بعدها.

ـ في هذا المعنى: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1989/01/17، الطعن رقم 1624 السنة31 ق، المجموعة، السنة 34، الجزء الأول، بند رقم 68، ص 453.

(3) يراجع على سبيل المثال: المواد(110،109) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات اليمني، وكذا المادة (94) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري، جاء بهما ما ينص صراحة على عدم جواز الجمع.

ـ في هذا المعنى: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1958/06/15، لسنة 11 ق، المجموعة، السنة 12، بند 122، ص 129؛ وحكمها في1957/01/13، لسنة 06 ق، المجموعة، السنة 15، بند 99،ص 142.

الفصل الثاني

سلطة الإدارة في توقيع الجزاء الفاسخ

تمهيد وتقسيم:

يعد الجزاء الفاسخ، الامتياز السلطوي الأخير، الذي تلجأ إليه الإدارة لحسم مسألة عدم التزام المتعاقد معها على أداء التزاماته التعاقدية. وهو وسيلة خطيرة في الأساس؛ إذ إن الإدارة تهاجم به العلاقة التعاقدية القائمة، بغرض ضرب الالتزامات المختلة، ومن ثم إنهاء هذه الرابطة من الأساس، وذلك دفاعا عن المرفق العام والمصلحة العامة للجمهور.

وعطفا عليه، فإن أحكام الفسخ في تنفيذ العقود الإدارية، تختلف إلى حد كبير مع المبادئ والأحكام المنظمة للفسخ في مبادئ القانون الخاص، أهمها أن الفسخ في دائرة العقد الإداري كمبدأ مقرر للإدارة بالإرادة المنفردة،وهو ما لا نظير له في النظام القانوني المقابل كما سنرى.

والفسخ في نظرية جزاءات العقد الإداري يتخذ شكلان أساس، بالنظر إلى اختلاف أحكامه في عقد التزام المرافق العامة عن بقية أنواع العقد الإداري كقاعدة عامة. أما الأول فيطلق عليه في محيط الفقه(إسقاط الالتزام) وذلك في عقود الالتزام، وأما الثاني فيطلق عليه(الفسخ الجزائي) وذلك في بقية العقود.

لذلك، ارتأينا أن تتم دراسة إسقاط الالتزام، بصورة مستقلة عن الفسخ الجزائي في عقدي الأشغال العامة والتوريد، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: الأحكام العامة للفسخ وإسقاط الالتزام

المبحث الثاني: سلطة الإدارة بالفسخ الجزائي في عقدي الأشغال العامة والتوريد

المبحث الأول

الأحكام العامة للفسخ وإسقاط الالتزام

تمهيد وتقسيم:

إن دراسة فسخ العقد الإداري، كجزاء رادع نهائي، تتطلب في المقام الأول أن يتم تسليط الضوء على المبادئ الأساس التي يقوم عليها هذا الجزاء، التي هي من دون أدنى شك، تتلاقى في بعضها، مع أحكام الفسخ في مبادئ عقود القانون الخاص، ذلك أن ثمة بعض أوجه العلاقة القائمة بينهما بطبيعة الحال. كما أنه يوجد بعض التداخل بين أنواع الفسخ في النظرية العامة للعقد الإداري عينها؛ لاسيما سلطة الإدارة في إلغاء العقد الإداري (فسخه) بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة، هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية، فإن تمتع عقد التزام المرافق العامة، ببعض الخصائص التي تميزه عن بقية أنواع العقود الإدارية، كان من شأنه أن يجعل من الأحكام والقواعد التي تنظم جزاء الفسخ فيه، مختلفة بعض الشيء، بالنسبة إلى ما هو سائد في بقية تلك الأنواع.

لذلك رأينا من الأهمية بمكان، أن نسلط الضوء أولا، على المعنى العام للفسخ وأنواعه وعلى العلاقة التي تربطه مع غيره من النظم القانونية، وذلك حتى تستقيم الصورة في ذهن القارئ، وتتحدد ملامح الفسخ كجزاء، ثم نعرج بعدها، إلى الشكل الأول لهذا الجزاء، ألا وهو جزاء إسقاط الالتزام في عقود التزام المرافق العامة. مما يعني، أننا آثرنا أن نقسم هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: المعنى العام لجزاء الفسخ وعلاقته بالنظم القانونية المشابهة

المطلب الثاني: إسقاط الالتزام (فسخه) في عقود الالتزام

المطلب الأول

المعنى العام لجزاء الفسخ وعلاقته بالنظم القانونية المشابهة

من المعلوم، أن النهاية الطبيعية لأي عقد من العقود، سواء تلك التي تنظمها مبادئ وقواعد القانون الخاص، أو تلك التي تحكمها نظرية العقد الإداري، إما أن تنتهـي بتنفيـذ الالتزامـات المتعاقد عليها بموجب العقد المبرم، وأما بانتهـاء مـدة التعاقـد المتفـق عليهـا سـلفا بـين الأطراف المتعاقدة.

ومع ذلك قد يؤول الحال إلى نهاية غير طبيعية (النهاية المبتسرة) لهذا أو ذاك من العقـود. مما يعني فسخه قبل نهايته الطبيعية لأسباب معينة تطرأ في أثناء تنفيذها. وقد تضمنت القواعد العامة في تنفيذ العقود للقانون الخاص في وقت سابق، مجمل تلك المبادئ والأحكام التي تـنظم إجراءات الفسخ، وأنواعه المختلفة، وآثاره... إلخ.

والفسخ في العقود الإدارية يحتل موقعا مهما في مجال تنفيذها. وقد غدت المبادئ والأحكام المتعلقة به، نظاما قانونيا مستقلا إلى حد بعيد، عما جاءت به النظرية العامة للفسخ في العقـود المدنية. وذلك بصرف النظر عن علاقة التقارب بينهما في بعض الأوجه، وعما قدمته الأخيرة لهذا النظام، لاسيما عند نشأته.

ويعد موضوع الفسخ الجزائي - موضوع دراسة هذا الفصل - كأحد أنواع الفسـخ فـي العقود الإدارية، الوجه الأبرز للاختلاف القائم بين كلا النظامين، كما سيتبين ذلك لاحقا.

وبالعطف عليه، فإن إلقاء نظرة عامة على ماهية الفسخ وأنواعه في مبادئ عقود القـانون الخاص، قبل الولوج إلى موضوعه في النظرية العامة للعقد الإداري، تعد مسـألة مهمـة فـي استيعاب أحكام وقواعد الفسخ الجزائي بصفة عامة، ويكون ذلك من خلال الآتي:

أولا: تعريف الفسخ في الشريعة العامة وأنواعه

1 ـ **الفسخ في اللغة**: جاء في معناه ما يأتي:[1]

فسخ: يفسخ، فسخا.

في الشيء: فرقه.

وفي الأمر: نقضه (فسخ العقد).

2 ـ **الفسخ في الاصطلاح الفقهي القانوني**: حق للمتعاقد في العقد الملزم للجانبين، إذا ما أخل الآخر بالتزامه في حل الرابطة التعاقدية، كي يتحلل هو من التزامه.[2]

ومعلوم، أن العقود متعددة الأنواع، وليست كلها ملزمة للجانبين، فثمة منها ما هو ملزم لجانب واحد فقط، كعقود الهبة على سبيل المثال لا الحصر.[3]

3 ـ **الفسخ في الشريعة الإسلامية**: تدعو شريعتنا السمحاء إلى ضرورة الالتزام بتنفيذ العقود التي يتفق عليها الأطراف، ويقول (الله تعالى) في محكم آياته: يا أيها الذين أمنوا أوفوا

---

(1) جبران مسعود، معجم الرائد، مرجع سابق، المجلد الثاني، ص 1118.

ـ تربط بعض المرجعيات الفقهية، ما بين معنى الفسخ والاشتراط، وذلك لئن كان أساس الفسخ لديها مرتبط بفكرة(الشرط الفاسخ الصريح). حول معنى الفسخ وعلاقته بالاشتراط من الناحية اللغوية، يراجع: موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الحادي عشر، الصادرة عن المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1394 هجرية، ص 141 وما بعدها.

(2) يراجع على سبيل المثال: أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، الطبعة الثانية، 1954، ص 340 وما بعدها. وكذا عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، الجزء الأول مرجع سابق، ص 698. وكذلك محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، 1978، ص 402 وما بعدها.

(3) للاستزادة يراجع على سبيل المثال: بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، الجزائر، 2001، ص 166.

بالعقود .[1]

وبناء عليه، فإن الأصل العام في الفقه الإسلامي بالنسبة إلى الفسخ في العقود الملزمة للجانبين، هي عدم جواز فسخ العقد لإخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وليس للدائن في هذه الحالة إلا المطالبة بالتنفيذ، أو بالضمان على حسب الأحوال.

غير أن هذا الأصل، قد وجد له استثناء لدى علماء الفقه الإسلامي. إذ أكدوا جواز فسخ العقد في الفقه الإسلامي في بعض الحالات، لاسيما عندما لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته المفروضة عليه. ويرى (عبد الرزاق السنهوري) أن مرد هذا الاستثناء يعود إلى أمرين أولهما: انعدام محل العقد، أو فوات منفعته المقصودة. إذ إن محل العقد ليس هو محل الالتزام. وعطفا عليه فإن الخلل الذي يصيب محل العقد، يؤثر في القوة الملزمة للعقد فيصبح قابلا للفسخ بالنسبة إلى الطرف الذي تأثرت مصلحته جراء هذا الخلل. وثانيهما: أن عقد الإيجار في الفقه الإسلامي قد جاء على خلاف القياس (استحسانا) والمعقود عليه فيه معدوم ولكنه يتجدد بين الحين والآخر. ومن ثم يكون الفسخ فيه أكثر تصورا، ليس عندما يختل محل العقد فقط، بل حين لا يفي المستأجر بأجرة العين، أو رب العمل بأجرة العامل.[2]

---

(1) الآية رقم (01) من سورة المائدة.

(2) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، 1963، ص 225 وما بعدها.

- أشار بعضهم إلى عدم وجود دلالة قاطعة على جواز فسخ العقد في الشريعة الإسلامية، غير أن رجال الفقه الإسلامي، أكدوا جوازه في بعض الحالات التي يتعذر فيها تنفيذ العقد، وهو بذلك استثناء من الأصل العام، على النحو الذي أشرنا إليه. للاستزادة يراجع على سبيل المثال: بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص76 ـ 82. وكذا عبد الناصر توفيق العطار، "ماهية العيب وشروطه في عقد البيع"، مقال منشور في **مجلة إدارة قضايا الحكومة المصرية**، السنة 16، العدد 02 ص 460 وما بعدها.

4 ـ **الفسخ وأنواعه في القانون المدني المقارن**: لم يقف التشريع المدني الحديث عند تقرير مبدأ الفسخ كنظام قانوني مستقل عن بقية النظم القانونية الأخرى، التي تقترب منه فـي بعـض الجوانب والمسائل القانونية؛ بل وضع له أيضا طرقا ووسائل يتحقق بها[1].

ومن نافلة القول، إن الفسخ في ظل القانون الروماني القديم، لم يكن مبدأ عام يطبـق علـى العقود كافة، حيث كانت العقود شكلية في بدايتها. وبعد تخلصها من ذلك في بعضها، لـم يكـن القانون الروماني يعرف الترابط الذي يربط بين التزامات الطرفين، وعلى ذلك بقيـت الحلـول جزئية. وبتشكل القانون الكنسي ـ بعد ذلك ـ اتخذ موقفا مخالفا عما ساد في سـابقه. فوضـع مبدأ عاما للفسخ، وطبق على العقود الملزمة للجانبين كافة. وقد استند هذا المبدأ إلـى أسـاس الشرط الفاسخ الضمني، بدلا من الشرط الفاسخ الصريح الذي عرفه القانون الرومـاني. وقـد انتقل نظام الفسخ ـ على النحو المشار إليه ـ إلى القانون المدني الفرنسي القديم، مما أدى إلى إجازة الفسخ حتى لو لم يكن منصوص عليه في العقد، تأسيسا علـى أن إرادة المتعاقـدين قـد اتجهت ضمنا إلى ذلك، في حالة تخلف أحدهما عن تنفيذ التزاماته. وكذلك الأمر فـي القـانون المدني الفرنسي الجديد، فتضمنته مدونة (نابليون)، غير أن الفسخ قد أصبح في ظلها، منصوصا عليه في نصوص قانونية متفرقة.[2]

---

(1) ينظر: إبراهيم أبو النجا، محاضرات ألقيت على طلبـة الماجسـتير،فرع العقـود والمسـؤولية بمعهـد الحقوق (بن عكنون)، السنة الدراسية 78 ـ 1979، 82 ـ 1983، غير مطبوعة.

(2) للاستزادة، يراجع: أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديـد، الكتـاب الأول مرجع سابق، ص 339 وما بعدها. وكذا محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 400 وما بعدها.

وعلى العموم، فإن القانون المدني الفرنسي المعمول به، قد نظم الفسخ بموجب المادة(1184) منه، وصار طلب فسخ العقد بموجبها، يستلزم تدخل القضاء، وهو ما لم يكن يعرف من قبل.[1]

والقول يستتبع، في أن جعل تدخل القضاء أمرا ضروريا في أثناء الفسخ، سواء في فرنسا أو في الدول المقارنة الأخرى، أدى ببعضهم للقول بإن أساس الفسخ في القانون المدني الحديث يختلف عن أساسه في السابق، الذي كان الشرط ـ سواء الضمني أم الصريح ـ هو السائد. ذلك أن صدور حكم قضائي كقاعدة عامة، يلغي فكرة الفسخ على أساس الشرط، التي تؤدي إلى افتراض انفساخ العقد بقوة القانون، وما الانفساخ إلا نوع من أنواع الفسخ. لذلك ظهرت أفكار أخرى كأساس للفسخ، وأهمها: السبب، العدالة، والارتباط بين الالتزامات. وعليه فإن "الرأي الذي يقول به الكثير من الفقهاء في فرنسا، وأغلب الفقه في مصر، يقيم الفسخ على أساس نظرية السبب"[2].

وحاصل القول، إن المشرع المقارن في الدول العربية، قد أخذ عن القانون المدني الفرنسي الحديث، العديد من الأحكام والقواعد المتعلقة بالفسخ، وأصبحت التشريعات المدنية تتضمن

---

(1) مصدر سبق ذكره.

(2) هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 264.

ـ لمعرفة آراء الفقه في هذا المجال، يراجع: سليمان مرقص، أصول الالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، 1960، ص 202 وما بعدها. وكذا عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ...، الجزء الأول مرجع سابق، ص 439 وما بعدها. وكذلك محمد حسنين، الوجيز في نظرية العقد ونظرية الالتزام بوجه عام في القانون المدني الجزائري، مطبوعة جامعية خاصة بطلبة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، معهد الحقوق، السنة الدراسية 80 ـ 1981، ص 48 وما بعدها.

أحكاما ترتقي لمستوى النظرية العامة، وقد اشتملت نصوصا قانونية تحدد كـل واحـدة منهـا الوسيلة التي يفسخ بها العقد الملزم للجانبين.

فالفسخ القضائي، الذي يعد أحد أنواع الفسخ، جاءت المواد المقررة له في التشريع المـدني المقارن، متقاربة في المعنى والدلالة إلى حد كبير ـ وفي بقية الأنواع بصفة عامة ـ لذلك نكتفي للتدليل على ذلك مما جاءت به نصوص القانون المدني الجزائري، ومنها المادة (119)[1]: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخـر بعـد إعـذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين، إذا اقتضى الحال ذلك".[2]

أما المادة (120) منه، فقد نظمت الفسخ الاتفاقي بقولها: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه".[3]

---

(1) ينظر في المواد المقابلة لها في القوانين المدنية التي سبق ذكرها: المادة (221) مـن القـانون المـدني اليمني، وكذا المادة (157) من القانون المدني المصري، مصادر سبق ذكرها.

ـ من تطبيقات القضاء الجزائري في هذا الشأن، أن جاء في حيثيات أحد الأحكام الصادرة عن محكمة(حسين داي) في 1980/09/21، ما يأتي: "حيث إن بما أن المدعي قد رفع دعوى مدنية يطلب فسخ عقـد الإيجـار الذي يربطه بالمدعي عليه، حيث إن هذا الأخير لم يقم بما عليه من التزامات، والدعوى مرفوعة، لذلك يجب فسخ العقد"؛ أورد هذا الحكم: بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائـري المقـارن مرجع سابق، ص 207.

(2) الجدير بالذكر، أن رفع دعوى لفسخ العقد (فسخا قضائيا) أمر على درجة من الأهمية. ويشـير (حسـن علام) في هذا الشأن، إلى أن دعوى الفسخ، هي وسيلة لحماية الحق، وليست الحق عينه؛ ينظر: مؤلفه(موجز القانون القضائي الجزائري) طبعة 1972، ص 57 وما بعدها. والأمر يستتبع فيما يؤكد عليه (إبـراهيم أبـو النجا) بقوله: "حيث إن القاضي المرفوع أمامه النزاع، يكون أدرى من الناحية القانونية بتـوافر الحـق فـي الفسخ من عدمه، وليس له علاقة بالعقد، فيكون حكمه أكثر نزاهة، من المتعاقد الذي هو طرف فـي العقـد المراد فسخه"؛ محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، غير مطبوعة، مرجع سابق.

(3) وتقابلها: المادة (222) من القانون المدني اليمني، والمادة (158) من القانون المدني المصري.

ـ علما بأن القانون المدني الفرنسي لم يتطرق إلى هذا النوع بشكل واضح في المادة(1184). مع أن القضاء

أما النوع الثالث من الفسخ، فهو الفسخ بقوة القانون، وهو ما عرف باصطلاح (الانفساخ)،أو انحلال العقد بقوة القانون. وقد نظمه المشرع الجزائري في المادة (121) من القانون المـدني بقوله: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب تنفيذه انقضـت معـه الالتزامـات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون".[1]

والجدير بالإشارة، أن الحكم الصادر من القضاء، إذا ما حدث نزاع بين الطرفين في هـذا الشأن، يعد "حكما كاشفا للانفساخ الذي يكون قد حدث من قبل".[2]

بقي أن نشير، إلى أن القاعدة العامة التي رتب عليها المشرع المقارن الآثار المترتبة علـى فسخ العقد، هي محو آثار العقد بأثر رجعي، ومن ثم زوال الالتزامات التي كانت قد نشأت عنه قبل ذلك. ونذلل على ذلك - تمثيلا لا حصرا - ما عبـر عنـه المشـرع الجزائـري فـي المادة (122) من القانون المدني، بقوله: "إذا فسخ العقد، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانـا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".[3]

ثانيا: الفسخ في النظرية العامة للعقود الإدارية

تتقارب العقود الإدارية مع غيرها من عقود القانون الخاص، فيما يتعلق بالاحكام المنظمـة

= الفرنسي يحترم الاتفاق على الفسخ الذي يتوفر فيه حسن النية وفقا لما جاء ضمنا في للمادة (1134) مـن هذا القانون. مما حذا ببعض المهتمين، إلى القول إن المشرع الجزائري وغيره من المشرعين قد تفوقوا على المشرع الفرنسي في هذه الحالة؛ إذ نظموا مبدأ عاما للفسخ الاتفاقي على غرار الفسخ القضائي؛ ينظر في هذا كمثال: بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، مرجع سابق، ص 210.

(1) ينظر في المواد المقابلة لها في القوانين المدنية التي سبق ذكرها: المادة (226) مـن القـانون المـدني اليمني، والمادة (159) من القانون المدني المصري، مصادر سبق ذكرها.

(2) وحيد رضا سوار، القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، طبعة 1975، ص 315.

(3) وتقابلها: المادة (222) من القانون المدني اليمني، والمادة (160) من القانون المدني المصري.

لبعض أنواع الفسخ في العقود الإدارية، بينما تتباعد العلاقة بينهما، بالنسبة إلى الأنواع الأخرى، وتحديدا المتعلقة بفسخ العقد بالإرادة المنفردة من قبل الإدارة. حيث تتمتع الإدارة بامتياز إنهاء العلاقة التعاقدية من جانبها لوحدها، وفقا لسلطتها في استعمال امتياز التنفيذ المباشر، وهو الأمر الذي لا نجد له نظيرا في مبادئ القانون الخاص؛ حيث يكون الفسخ محكوما بتدخل القضاء كقاعدة عامة. ويرجع الأساس في ذلك إلى أن العقد الإداري يحكمه نظام قانوني يختلف اختلافا تاما، عما هو في النظام القانوني المقابل كما سبق الإشارة إليه.

وترتيبا على ذلك، يمكننا حصر أنواع الفسخ في العقود الإدارية في طائفتين، على النحو الآتي:

(أ) وتشمل هذه الطائفة الفسخ الاتفاقي؛ ومن أمثلته في التشريعات المنظمة للصفقات العمومية ماعبرعنه المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بقوله: "زيادة على الفسخ من جانب واحد المنصوص عليه في المادة (99)... يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض. وفي حالة الفسخ لصفقة جارية التنفيذ باتفاق مشترك، يوقع الطرفان وثيقة الفسخ..."[1]. وكذا الفسخ القضائي، والفسخ بقوة القانون[2].

---

(1) المادة (100) من هذا المرسوم، مصدر سبق ذكره.

(2) من تطبيقات الفسخ بقوة القانون "انفساخ بعض العقود الإدارية، التي كانت سارية بين الدولة وبعض الشركات، وذلك استنادا إلى ما نص عليه القانون الفرنسي الصادر في1940/07/20، القاضي بإلغاء جميع العقود التي أبرمتها الحكومة لمصلحة الدفاع القومي"؛ حسين درويش عبدالعال، "أسباب انقضاء العقود الإدارية"، مقال منشور في **مجلة العدالة**، أبوظبي، العدد 29، السنة 08، أكتوبر1981، ص 40 وما بعدها. وكذا صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998...، مرجع سابق، ص159.

ومما ينبغي التذكير به، أن هذه الأنواع لا تثير ـ بصفة عامة ـ أية إشكالات، حيث تتقارب أحكامها مع ما هو متعارف عليه في مبادئ القانون الخاص.

(ب) وتشمل هذه الطائفة تحديدا الفسخ الإداري وما يندرج تحته. ويتميز هذا النوع، بأنه يتم بالإرادة المنفردة للإدارة، تجسيدا لما تفترضه مستلزمات استقرار المرافـق العامـة، وفكـرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، التي تقتضيها عناصر وأركان قيـام العقد الإداري. ويتفرع الفسخ في ظلها إلى نوعين، بالنظر إلى سلطة الإدارة في الإنهاء؛ وهما:

(ب1) سلطة إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة. حيث تتمتع الإدارة بإلغاء العقد(فسخه) بإرادتها المنفردة، ومن دون أي خطأ من جانب المتعاقد الآخر. وقد اعترف القضـاء الإداري بممارسة الإدارة لهذه السلطة بالنسبة إلى كثير من العقود[1]، حتى لو لم يوجد أي نص تعاقدي أو تشريعي ينظمها. وذلك استنادا إلى سلطتها باستعمال وسيلة التنفيذ المباشـر تحـت رقابـة القضاء، ووفقا لدواعي المصلحة العامة للمرفق العام. وهي مؤيدة في التشريع المقارن[2].

(ب2) سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لخطأ من المتعاقد. ويعد الفسخ في هذه الحالـة

---

(1) من أحكام مجلس الدولة المصري: حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر في 1968/03/02، المجموعـة السنة 13، بند رقم 83، ص 625؛ علما أن هذا الحكم قد قضـى بتعـويض المتعاقـد مـع الإدارة نظـرا إلى فسخ عقده.

(2) من ذلك: المادة (04) من قانون التزام المرافق العامة المصري رقم 129 لسنة 1947؛ الذي جاء فيهـا أنه: "يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده[المرفق] قبل انتهاء مدته". وغير بعيد عن هـذا المعنى، ما جاء في تعليمة وزارة الداخلية والجماعات المحلية، بشأن امتياز المرافـق العموميـة وتأجيرهـا وتحديدا الفقرة (ج) حق استرداد المرفق قبل نهاية المدة، من البند رقم(04) المتعلق بآثـار الامتيـاز، مـن الفرع (أولا) المتعلق بامتياز المرافق العامة؛ وذلك: "أن شروط وأوضاع استرداد المرفق العام محل الالتزام قبل نهاية المدة، يجب أن يحدد في وثيقة الالتزام".

جزاء رادعا، توقعه الإدارة على المتعاقد المخل بالتزاماته إخلالا جسيما، وهذا ما يطلق عليـه بالفسخ الجزائي للعقد الإداري.[1]

والجدير بالملاحظة، أن فسخ العقد لدواعي المصلحة العامة؛ وإن كان لا يستلزم لإجرائـه من قبل الإدارة أي خطأ من قبل المتعاقد الآخر كالفسخ الجزائي، كما ويترتب عليه أن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض الكامل جراء فسخ عقده لدواعي المصلحة العامة، بخلاف ما هـو الوضع في الفسخ الجزائي، حيث يتحمل هو المخاطر والآثار كافة نتيجة لهذا الإخلال.

إلا أن العلاقة بينهما تبدو متقاربة إلى حد بعيد في جوانب أخرى، إذا ما نظرنا إلى الأساس القانوني الذي تستند إليه الإدارة في إلغاء العقد (فسخه) عموما، سواء في سلطة الفسخ الجزائي أو في سلطة فسخ العقد لدواعي المصلحة العامة (سلطة إلغاء العقد)؛ المتمثل فـي مقتضـيات استمرار المرفق العام بانتظام واطراد.

وقد أكد جانب كبير من الفقه ذلك، بالقول: "إن أساس سلطة إنهاء العقد، هو نفـس أسـاس سلطات الإدارة في مجال العقود الإدارية، أي مقتضيات سير المرفق العام"[2].

إضافة إلى ذلك، فإنه يستوجب - كمبدأ - لإجراء فسخ العقد الإداري سواء فـي سلـطة الإدارة بفسخ العقد لخطأ من المتعاقد، أو في سلطة إلغاء العقد لدواعي المصلحة العامة؛ أن تقوم

---

(1) ينظر: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص 251. وكذا جـورج فوديـل وبيار دولفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 352. وكذلك عمار عوابـدي، القـانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص 220.

(2) عبد المنعم محفوظ، القانون الإداري "دراسات تأصيلية مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة"، الكتـاب الثاني، مرجع سابق، ص 280.

الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل إنهاء العقد (فسخه)، لاسيما "عندما ينص العقد على ضرورة إعطاء المتعاقد مهلة زمنية معينة لتنفيذ ما تخلف عنه من التزامات تعاقدية"[1].

كما أن النتيجة الأساس لممارسة الإدارة لحقها في فسخ العقد بالإرادة المنفردة في النوعين هي إنهاء العلاقة التعاقدية بصورة حاسمة.[2]

وصفوة القول، إن ممارسة الإدارة لسلطة فسخ العقد لخطأ من جانب المتعاقد (الفسخ الجزائي) تعد بحق، أحد أهم الخصائص التي يتميز بها العقد الإداري عن غيره من العقود.

ثم إنه قمة الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها، جراء إخلاله بالتزاماته التعاقدية، لاسيما بعد أن تستنفذ الإدارة إجراءات الضغط والإكراه المسموح بها قانونا؛ فمن غير المستساغ أن تبقى الإدارة حينئذ، عاجزة إزاء تعنت المتعاقد عن تنفيذ التزاماته والقيام بواجباته التعاقدية، ما لم يكن بمقدورها فسخ العقد، إذ إنه المخرج الطبيعي من دون أدنى شك في هذه الحالة.

والفسخ الجزائي - موضوع الدراسة هنا- الذي لا يتصور أن يتكامل النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية إلا به؛ يأخذ في واقع تطبيقات العقود الإدارية صورة إسقاط الالتزام بالنسبة إلى عقد التزام المرافق العامة، وصورة الفسخ الجزائي في بقية العقود.

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 2001/05/15، الطعن رقم 3567، السنة 44 ق مجلة المحاماة، العدد 02، 2002، ص 531.

(2) لذلك فإن جانبا من الفقه، يدرس سلطة إلغاء العقد لدواعي المصلحة العامة، جنبا إلى جنب سلطة الفسخ الجزائي، وذلك في الحالات التي تستوجب دراستهما بشكل غير مستقل. مع أن فريقا آخر يفضل دراسة سلطة الإدارة في إلغاء العقد لدواعي المصلحة العامة جنبا إلى جنب سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة للإدارة، عندما تقتضي الحاجة لدراستهما معا؛ بل إنه يعدها جزءا لايتجزأ من مظاهر سلطة التعديل.

المطلب الثاني

إسقاط الالتزام (فسخه) في عقود الالتزام[1]

ألمحنا إلى أن فسخ عقود الالتزام نتيجة لخطأ من قبل المتعاقد الآخر، الذي اصطلح علـى تسميته بـ إسقاط الالتزام، ما هو إلا طريقة من طرق إنهاء العقد الإداري قبل انقضـاء مدتـه الطبيعية. وبناء عليه، نرى أن استعراض النظام القانوني العام الذي يحكمه في الدول المقارنـة تتطلب - فيما يبدو - التطرق له بالدراسة الوافية، من خلال النقاط الآتية:

أولا: تعريف إسقاط الالتزام وعلاقته بالنظم القانونية المشابهة

يعرف جيز(Jeze) جزاء الإسقاط بأنه: "فسخ عقد التزام المرفق العام على مسؤولية الملتزم بسبب مخالفته الجوهرية للالتزامات المفروضة عليه"[2]. كما يعرفه والين(Waline) بأنه: "ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي يمكن أن يصيب الملتزم؛ لأنه يحرمه من جميع الحقوق التي يحصل عليها من عقد الالتزام، ويستبعده من إدارة المرفق العام، مع الاحتفاظ بالتعويضـات لصـالح الإدارة عند اللزوم على مسؤولية الملتزم"[3].

كما جاء تعريفه في أحكام القضاء الإداري بما يأتي: "سحب الالتزام أو إسقاطه كلاهما من

---

(1) بالنظر إلى اختلاف بعض الأحكام والقواعد - إلى حد ما - التي تنظم إجراء الفسخ في عقود الالتـزام مقارنة بالفسخ في العقود الإدارية الأخرى، لاسيما من حيث التجاء الإدارة إلى القضاء لإجرائه، على خلاف القاعدة العامة للجزاءات عامة ولجزاء الفسخ خاصة، التي تقضي بتوقيع الجزاء من قبل الإدارة وغير ذلـك مما هو آت تفصيله؛ أطلق مجلس الدولة الفرنسي اصطلاح إسقاط الالتزام، للتمييز بينه وبين أنـواع الفسـخ الأخرى. وقد استحسن القضاء الإداري المصري هذا الاصطلاح، وكذا الفقه سـواء فـي فرنسـا، أو فـي الدول المقارنة الأخرى.

(2) العقود الإدارية، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 911.

(3)Waline(M.),Traité de droit administratif,éditions Sirey,Paris,9ème éditio,1963,p.707.

الألفاظ المترادفة لمعنى واحد، هو رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته، لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم"(1).

ونعتقد أن هذه التعاريف وغيرها مما قال بها الفقه والقضاء الإداري، كافية لاستيضاح معنى إسقاط الالتزام، ولا نرى زيادة في ذلك. غير أننا، نود الإشارة إلى مسألتين مهمتين بصدد علاقة هذا الجزاء بالنظم القانونية المشابهة له.

أما المسألة الأولى: فهي أن جزاء إسقاط الالتزام، وإن كان يتشابه نظامه القانوني مع جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة في بعض الأوجه، إلا أنه بكل تأكيد يختلف عنه في أوجه أخرى. وأهمها أنه يترتب على إسقاط الالتزام، استبعاد الملتزم بصورة قطعية عن إدارة المرفق العام، ومن ثم يؤدي إلى نهاية العقد، إذ إنه من الجزاءات الفاسخة.

في الوقت الذي لا يترتب على جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة، الاستبعاد النهائي للملتزم، وإنما استبعاده بصورة مؤقتة، ولا ينتهي العقد في ظله؛ كونه من الجزاءات الضاغطة التي لا تهدف إلى إنهاء العقد، وإن كان ذلك يعد مقدمة لإنهائه لاحقا، علما بأن ذلك ليس بالشرط الضروري لتوقيع جزاء الإسقاط. وتبعا لذلك فإن الآثار الناتجة عنهما تختلف بطبيعة الحال في كل منهما عن الآخر.

وأما المسألة الثانية: فتتمثل في ضرورة عدم الخلط بين جزاء إسقاط الالتزام، وبين إجراء استرداد الالتزام، الذي يعرف بأنه: "إجراء انفرادي صادر من جانب الإدارة مانحة الالتزام

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1977/12/30، مجموعة المكتب الفني، السنة 23 ص 27.

وقبل نهاية مدته المنصوص عليها في العقد، وذلك بقصد إنهاء هذا العقد واسترجاع المرفق من الملتزم، لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة للمرفق ... مقابل تعويض الملتزم تعويضا كاملا عما لحقه من خسارة، وعما فاته من كسب نتيجة إنهاء عقده قبل موعده الطبيعي"[1].

وترتيبا على ذلك، فإن استرداد المرفق العام، وإن كان يتفق في جانب من أحكامه مع جزاء إسقاط الالتزام، نظرا إلى اندراج كليهما ضمن ما يعرف بسلطة الإدارة في إنهاء عقد الالتزام بالإرادة المنفردة[2]، إلا أنهما يختلفان من حيث إن استرداد الالتزام لايستلزم في الأحوال كافة خطأ من قبل المتعاقد (الملتزم)، ذلك أن الأسباب القانونية لإجرائه تتمحور حول المصلحة العامة للمرفق العام، التي تفترض بالضرورة الانفكاك عن العلاقة التعاقدية القائمة. غير أن الملتزم في الأحوال كافة، يستحق تعويضا كاملا جراء طلب الإدارة لاسترداد المرفق العام(محل الالتزام)، على العكس تماما مما يترتب على جزاء الإسقاط كما سيجيء بيانه بالتفصيل لاحقا.

والقول يستتبع، إنه يكثر في الواقع الخلط بين الإسقاط والاسترداد؛ بل بين أنواع الاسترداد عينها. ونضرب لذلك مثلا، مما دار من جدل بشكل واسع، في الساحة اليمنية والخليجية، بشأن تكييف نهاية علاقة شركة يمنفست (YEMENVEST) بإدارة ميناء (عدن) للحاويات. إذ عده

---

(1) محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة إنهاء العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 67.

(2) الحديث هنا ـ كما هو واضح ـ عن الاسترداد الإداري، وقد أشرنا إليه عند تطرقنا لأنواع الفسخ في نظرية العقود الإدارية، وتحديدا عند تعريف إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، وهو ما يعرف بسلطة إلغاء العقد الإداري لأسباب متعلقة بالمصلحة العامة. علما بأننا قد تطرقنا أيضا لأنواع الاسترداد الأخرى(الاسترداد الاتفاقي) و(الاسترداد القانوني) عند الحديث عن أنواع الفسخ في العقود الإدارية بشكل عام، حيث ينطبق عليه ذلك كلما تعلق الموضوع بالالتزام، فاصطلاح الاسترداد يتعلق بشكل خاص بعقود التزام المرافق العامة.

بعضهم إسقاطا للالتزام، بينما فسره آخرون على أساس كونه استردادا اتفاقيا، وعند آخرين استردادا إداريا.

ونراه من جهتنا، استرداد اتفاقيا وليس غيره. ذلك أن استرداد ميناء (عدن) قد تم الإعلان عنه، بعد سلسلة طويلة من المفاوضات والمشاورات المتكافئة بين كل الهيئة العامة للمناطق الحرة وإدارة الشركة الممنوح لها الالتزام يمنفست(YEMENVEST) التي كانت تديره، وقد توج ذلك بصدور القرار الجمهوري رقم 243 لسنة 2003 الذي قضى بالمصادقة على اتفاقية المخالصة النهائية بين الطرفين، الخاصة بإنهاء العمل بالاتفاقية التي قامت بينهما بموجب المصادقة عليها بالقرار الجمهوري رقم 114 لسنة 1996. ثم إن في حجتنا أيضا، أن من مترتباته قيام الحكومة اليمنية بتعويض هذه الشركة بمبلغ(مائتين مليون) دولار نظير فسخ العقد معها. وهو قول صريح لا يدع مجالا للشك في أن يكون غير ذلك.[1]

والأمر يختلف بالنسبة إلى إنهاء عقد امتياز استغلال النقل الجوي الممنوح لشركة طيران(الخليفة للطيران) بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03 ـ 403 المؤرخ في 2003/11/05 المتضمن إلغاء المصادقة على اتفاقية الامتياز الممنوح لها، حيث هو أقرب في تكييفه القانوني إلى سلطة إلغاء العقد لدواعي المصلحة العامة(الاسترداد الإداري) من أية نظم قانونية أخرى.[2]

ثانيا: الطبيعة القانونية لإسقاط الالتزام

إن دراسة وتحليل الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي في عقود الالتزام (إسقاط الالتزام) يعد

---

(1) لمزيد من المعرفة، يراجع: سعيد عبد الرزاق باخبيره، الأحكام الحديثة لنظام البوت B.O.T وتطبيقاته في الجمهورية اليمنية، مقاله، مرجع سابق، ص 346 ـ 379.

(2) يراجع: ناصر لباد، القانون الإداري Le droit administratif، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 442.

مجالا خصبا للدراسات القانونية. لذلك فقد برزت على الساحة العديد من الآراء بصدد الإجابـة على التساؤل **المتعلق بطبيعته القانونية، وعما إذا كان من النظام العام أم لا ؟**

ونرى بهذا الشأن، أن نقتطف منها أنموذجا للرأي والرأي المعارض، كي تتضح معالم هذا الجزاء، وتبدو الصورة أكثر وضوحا في ذهن القارئ.

1 ـ **الرأي القائل بالطبيعة التعاقدية لإسقاط الالتزام**:

طبقا لهذا الرأي، جزاء إسقاط الالتزام هو تدبير تعاقدي وليس مـن النظـام العـام، إذ لا تستطيع الإدارة توقيعه على الملتزم، إلا إذا نص العقد عليه. ويعد بلندو(Blondeau) أحد أبرز المتصدرين والمدافعين عنه.

ومما أشار إليه بلندو(Blondeau) أن: "إسقاط الالتزام يعتبر إجراء تعاقديا بحتا، وأنـه لا يوجد لصالح الإدارة إلا إذا كان منصوصا عليه صراحة في العقـد. ومـن ثـم فـإن الإدارة لاتستطيع توقيعه في حالة السكوت لأنه ليس من النظام العام، وإنما عليها أن تلجأ إلى القضـاء طلبا في فسخ العقد".(1)

2 ـ **الرأي القائل بتعلق إسقاط الالتزام بفكرة النظام العام**:

يذهب جانب كبير من الفقه في فرنسا وكذلك في الدول المقارنة الأخرى، إلى مخالفة الرأي السابق، ومن ثم ترى أن جزاء إسقاط الالتزام من النظام العام، وتستطيع الإدارة ـ تبعا لذلك ـ توقيعه على المتعاقد (الملتزم) حتى لو لم يكن منصوصا عليه صراحة في العقد.

وتأكيد لهذا الرأي يشير بولاك(Polack) بقوله: "يجب التسليم بـأن الجـزاءات، وبصـفة

---

(1) Blondeau (A.), La concession de service public, thèse, Grenoble, 1929, p. 239.

خاصة جزاء الإسقاط وجزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة من القواعد الأساسية المنظمة للمرفق العام، وأن هذه الجزاءات ذات طبيعة لائحية وتعتبر من النظام العام"[1].

رأينا:

يبدو بوضوح أن الرأي الأخير هو الغالب فقها وقضاء، وهو الرأي الذي يأتي منسجما مع المبادئ الأساس لنظرية الجزاءات في العقود الإدارية. وعليه فإن جزاء إسقاط الالتزام يعتبر من النظام العام، ويتواجد دائما لصالح الإدارة حتى لو لم يكن منصوصا عليه صراحة في العقد، أو دفتر الشروط. وليس ذلك فسحب؛ بل حتى في حالة وجود نص في العقد يحظر على الإدارة ممارسته، أو طلب توقيعه من قبل قاضي العقد. ولعل أبرز تلك الاعتبارات التي نعتقد أنها داعمة لحجتنا في هذا الشأن، بالاستفادة مما ساقه الفقه والقضاء الإداري[2]، وكذلك مما جاء في النصوص القانونية والتنظيمية ذات العلاقة[3]، ما يأتي:

---

(1) Polack (H.), Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de service public en cas de manquements à ses obligations, thèse, paris, 1946, Libraire Rousseau, Paris 1958, p. 29.

- قريب من هذا المعنى: أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص 251. وكذا حسين درويش عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 69.

(2) أما بالنسبة إلى الفقه، يرجى مراجعة المؤلفات المذكورة أعلاه. وأما بالنسبة إلى القضاء الإداري، فنذكر كمثال ما يأتي: فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري، رقم 547، الصادرة في 1962/08/29، المجموعة، السنة 16 ـ 17، المبدأ رقم 154، ص 370؛ علما بأن هذه الفتوى كانت قد أقرت حق تمتع الإدارة بممارسة سلطة إسقاط الالتزام ـ وكذلك الفسخ الجزائي في العقود الإدارية كافة ـ حتى لو لم ينص العقد أو دفتر الشروط على ذلك، نظرا لارتباط طبيعة الفسخ الجزائي بفكرة النظام العام.

(3) على سبيل المثال: تعليمة وزارة الداخلية والجماعات المحلية ... بشأن امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها في الجزائر لاسيما الفقرة (ج)من البند(04) المتعلق بآثار الامتياز،من الفرع (أولا)المتعلق بامتياز المرافق العامة: حيث أشارت بوضوح إلى اعتبار الفسخ في عقود الالتزام من النظام العام، ومن ثم تستعمله الإدارة ضمانا لسيرالمرفق العام بانتظام واطراد. ومع أنها لم تستعمل عبارة إسقاط الالتزام، إلا أن ما يدلل

(أ) إن هذا الجزاء يوجد بقوة القانون من دون حاجة إلى النص عليه صراحة في العقد، أو في قانون، أو في لائحة؛ إذ إن هذه الجزاءات تتواجد خارج نطاق النصوص التعاقدية، وفقا لما تقتضيه الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية. ووجود شرط صريح بذلك، ليس له فائدة مـن منظـور التطبيق العملي، إلا من حيث إنه يساعد على تحديد الحالات التي يجوز عند توافر أسبابها فسخ العقد، وتحديد إجراءاته ونتائجه.

(ب) لا يتصور أن تحرم الإدارة من توقيع جزاء إسقاط الالتزام، أو على الأقـل المطالبـة قضائيا بإسقاطه، عندما يرتكب الطرف المتعاقد معها مخالفات جسيمة مـن شـأنها الإضـرار بالمرفق العام(محل الالتزام) بأي حجة كانت، بما في ذلك حالة أنها أغفلت الإشارة إلـى هـذا الحق، في بنود العقد أو دفترالشروط. فمن شأن التسليم بذلك أن ينسف المبدأ الأساس الذي يقوم عليه العقد الإداري،المتمثل في ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن دون أي انقطاع.

وبالعطف على ما تقدم، فإن من نتائج اعتبار طبيعة الجزاء من النظام العام، ما يأتي:

(أ) لا يجوز أن تقوم الإدارة بالتنازل عن هذا الحق بمقتضى نص صريح فـي العقـد، أو ملحقاته. وفي هذه الحالة، يعد إهمالا من قبلها، ويتساوى بذلك مع شرط عدم مسؤولية المتعاقد.

(ب) وجود نص صريح في العقد، ما هو إلا نص كاشف لهذا الحق، وليس منشئا له.

ثالثا: الأفعال المبررة لإسقاط الالتزام

لما كان جزاء الإسقاط من الجزاءات الرادعة النهائية، فإنه يتصور بسـهولة اسـتيعاب أن

= على أن هذه الفقرة قصدت اعتبار الإسقاط من النظام العام، جنبا إلى جنب سـلطة الإدارة فـي اسـترداد المرفق العام ما جاء في البند (05) منها المتعلق بنهاية امتياز المرافـق العامـة؛ إذ إنهـا فصـلت نـوعي الفسخ بوضوح.

تكون تلك الأفعال التي ينبني عليها توقيع هذا الجزاء، على قدر كبير من الجسامة، تفـوق مـا يتطلب في جزاء وضع المرفق العام تحت الحراسة. ومبررات ذلك تبدو منطقية، بالنظر إلى ما يترتب على هذا الجزاء من آثار خطيرة.

إلا أنه من غير المتصور حصرها جميعا؛ فتلك الأفعال تختلف باختلاف نوع الاخـتلالات التعاقدية التي يتسبب بها المتعاقد (الملتزم)، وبالنظر إلى موضوع كل عقد على حدة. غير أنـه يمكن حصرها بالاستفادة من معيار كثرة تكرارها. وعلى ذلك من الأمثلـة التطبيقيـة المهمـة للأخطاء الجسيمة التي تبرر إسقاط الالتزام في نظر الفقه والقضاء، ومما جـاء فـي التشـريع المقارن، ما يأتي:

1 ـ مخالفة مبدأ الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، بقيام الملتزم بالتعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة.[1]

ومن نافلة القول، إن هذا المبدأ يبدو بقوة أكبر في عقود الالتزام من أية عقود أخرى، وذلك بسبب ما تتطلبه هذه العقود من قدرات شخصية على درجة معينة من المواصفات، ومن ثم فإن التعاقد من الباطن من دون أخذ موافقة الإدارة مسبقا، من شـأنه اسـتبدال تلـك المواصـفات

---

(1) للاستزادة حول آراء الفقه بهذا الشأن، يراجع كمثال: محمد عبد ا محمود الدليمي، سـلطة الإدارة فـي إنهاء عقودها الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ـ جامعة بغداد، 1983، ص 135 وما بعدها.

ـ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1963/12/28، مجموعة المكتب الفني، السنة 09، بند رقم 29، ص 324.

ـ جاء في تعليمة وزارة الداخلية والجماعات المحلية بشأن امتياز المرافق العمومية وتأجيرها فـي الجزائـر وتحديدا في بند الآثار (04/02)على أنه: "من واجب الملتزم أن يدير المرفق العام موضوع الامتياز بنفسـه فلا يستطيع أن يتنازل لغيره من دون إذن من الإدارة مانحة الامتياز".

بمواصفات أخرى لم توافق عليها الإدارة، ويكون ذلك سببا للإضرار بالمرفق العام.

2 ـ عدم احترام المتعاقد (الملتزم) للمدد والمواعيد الزمنية المنصوص عليها في العقد.

3 ـ لما كان ملاحظا في الكثير من عقود الالتزام، النص على التزام المتعاقد (الملتزم) بإقامة شركة مساهمة لإدارة المرفق العام (محل الالتزام)، فإن القضاء الإداري يعد خرق الملتزم لهذا النص ـ فيما لو نص عليه ـ ضمن الأخطاء الجسيمة لجزاء الإسقاط.(1)

4 ـ عدم قيام الملتزم بدفع المستحقات المالية المفروضة عليه، كأن يتأخر عن دفع الإتاوات أو الأقساط المستحقة.(2)

ومما جاء في هذا الصدد، أن اعتبر المشرع المصري في نص القانون رقـم 669 لسـنة 1954 بشأن النقل العام للسيارات، أن تأخر الملتزم في أداء الإتاوات الشهرية أو جزء منها عن الموعد المقرر، من الأسباب التي تبرر توقيع إسقاط الالتزام.(3)

رابعا: خصائص إسقاط الالتزام

1 ـ **اختصاص قاضي العقد ـ كقاعدة ـ بتقرير إسقاط الالتزام**:

متعارف عليه، أن موضوع تقرير الجهة التي يحق لها توقيع جزاء إسقاط الالتزام في عقود الالتزام، واحد من الموضوعات التي أثارت ـ ومازالت ـ جدلا واسعا في محيط الفقه.

---

(1) على سبيل المثال: حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر في1957/03/03، مجموعة المكتب الفني، السنة 11، ص 239.

(2) من أحكام مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال:

ـ C.E. 10 Juillet 1935, Blazy, Rec. p. 790.

(3) محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالته للـدكتوراه مرجع سابق، ص 102.

ويكمن سبب ذلك، في أن مجلس الدولة الفرنسي قد خالف بصدد هذا الجزاء القاعدة العامة الثابتة والمستقرة بشأن الجهة التي يحق لها اتخاذ قرار إسقاط الالتزام. إذ أوجـب أن يصـدر قرار إسقاط الالتزام من قبل قاضي العقد، وليس من قبل جهة الإدارة المتعاقدة، كما هـو فـي عموم أنواع الجزاءات.[1]

ومع ذلك فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي مستقر ـ أيضا ـ على إعطـاء الإدارة حـق توقيع إسقاط الالتزام بالإرادة المنفردة، فيما إذا نص صراحة في العقد أو دفتر الشروط، علـى هذا الحق. مما يعني أنه في حالة سكوت العقد أو دفتر الشروط على النص عليه، ليس للإدارة توقيعه بالإرادة المنفردة، كما هو مقرر في النظرية العامة للجزاءات في أثنـاء تنفيـذ العقـود الإدارية، التي أنشأها ـ هو ـ في وقت سابق.

أما بالنسبة إلى قضاء مجلس الدولة المصري، فيؤكد بعضهم في مصر إلى أن المجلس "يقر للإدارة بالحق ـ كمبدأ ـ في أن تقرر إسقاط الالتزام بنفسها من دون وساطة القاضي"[2].

وفي حقيقة الأمر، تأكد لنا صحة هذا القول، من خلال ما وقع تحت أيدينا لبعض القرارات والأحكام القضائية الصادرة عنه.[3]غير أن أحكاما أخرى ـ وإن كانت قليلة ونـادرة ـ كـان

---

(1) جاء في حكم للمجلس الصادر في 1988/01/20 على سبيل المثال، ما يأتي: "أن عمدة المدينـة لـيس مختصا بتقرير جزاء إسقاط الالتزام على مسؤولية الشركة الملتزمة، حيث يحق ذلك لقاضي العقد"؛ حكمه:

ـ C.E. 20 Janvier 1988, (SERAF) Rec.p. 29; R.D.P, 1988, p. 1430.

ـ يراجع في هذا المسلك: دي لوبادير(De laubadère)،العقود الإدارية،مرجع سابق،الجزءالثاني، ص159.

(2) عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص256.

(3) ومنها: حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في 1957/01/27، مجموعة المكتب الفنـي، السـنة 11 ص 160؛ علما بأن هذا الحكم قد عده الفقه المصري واحد من الأحكام التي خالف بها هذا المجلس، قضـاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث قرر فيه صراحة أن للإدارة الحق في توقيع الجزاء بنفسها.

المجلس قد أقر ضمنا بحق القضاء في توقيع جزاء إسقاط الالتزام، وذلك مثلما عبر عنـه فـي أحد الأحكام، بقوله: "ليس صحيحا أن الإسقاط لا يتم إلا من قبل المحكمة، إذ يجوز توقيعه من قبل مانحة الالتزام"(1). ومع ذلك يمكن القول، إن جانبا كبيرا من الفقه المصري، يـذهب إلـى تأييد قضاء مجلس الدولة الفرنسي، الأكثر وضوحا في هذا الشأن.(2)

هذا، وقد كان لافتا ما جاء في تعليمة وزارة الداخلية والجماعات المحليـة، بشـأن امتيـاز المرافق العمومية وتأجيرها في الجزائر، التي نصت على ما يأتي: "كما يحدث أن تقوم الإدارة مانحة الالتزام بإنهاء مدة [الامتياز] قبل الأوان من جانب واحد، إما لعقوبة للملتزم نتيجة إخلاله الجسيم بشروط وأحكام الامتياز، وإما لعدم الحاجة إليه"(3).

وعليه، يحق لنا فهم هذا النص، على أساس أن هذه الوثيقة القانونية - وبصرف النظر عن قوتها القانونية - قد قررت أن للإدارة الحق في إسقاط الالتزام - مع أنها لم تذكر صراحة هذا الاصطلاح - على الأقل كمبدأ عام في حالة إخلال الملتزم بالالتزامات الملقاة على عاتقه.

وإزاء كل ذلك، وبعيدا عن الخوض في محاجة وجهات النظر المختلفة لتي قيلت فـي هـذا الصدد، فإننا لا نرى حرجا من تأييد قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص - على

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في 1977/12/30، مجموعة المكتب الفني، السنة 23، ص 27.

(2) من أولئك: عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقـد الإداري "دراسـة مقارنـة"، رسـالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص257. وكذا فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية لقانون التأميم والحراسة الإدارية على الأموال، مرجع سابق، ص 148.

- علما بأن هذا المسلك لمجلس الدولة الفرنسي، قد لقي تأييدا في الفقه المصري حتى قبل قيام مجلس الدولة المصري، ومنهم: وحيد رأفت، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 373 وما بعدها.

(3) البند (05) المتعلق بنهاية امتياز المرافق العامة، من الفرع (أولا) المتعلق بامتياز المرافق العامـة؛ مـن هذه التعليمة، مصدر سبق ذكره.

خلاف المصري ـ الذي أخذ بعين النظر الاعتبارات العملية كافة، التي تحيط بعقد الالتزام،لاسيما رؤوس الأموال الضخمة التي ينفقها الملتزم على المرفق العام، التي لا يستطيع الملتزم تعويضها بسهولة نظرا إلى طول المدة الزمنية التي تتصف بها في الغالب عقود الالتزام. ومن ثم فإن التسليم بوجهة نظر المجلس بتقرير إسقاط الالتزام ـ كمبدأ ـ من قبل القضاء المختص في حالة سكوت العقد أو دفتر الشروط عن التصريح للإدارة بتوقيعه مباشرة تبدو في هذه الحالة متناسبة إلى حد بعيد مع مبادئ ومقتضيات العدالة.

والقول يستتبع، إن للإدارة الحق في توقيع هذا الجزاء، في حالة أن جاءت نصوص العقد أو ملحقاته مقررة لذلك صراحة. مع ملاحظة أنه يحدث أن تأتي بعض التشريعات لتقرر للجهة مانحة الالتزام أو لسلطة إدارية أخرى، الحق في إسقاط بعض التزامات المرافق العامة بنفسها ومن دون طلبها من قاضي العقد، كقرار مجلس الوزراء المصري الصادر في 1953/06/03[1]، الذي قضى بإسقاط التزام شركة سكك حديد الدلتا المساهمة.

وغني عن البيان، أن إسقاط الالتزام قد يتم بصورة قانون خاص يصدره المشرع، كالقانون رقم 122 لسنة 1961، الذي قضى بإسقاط التزام مرفق الكهرباء والغاز بمدينة (الإسكندرية) والقانون رقم 123 لسنة 1961، بإسقاط التزام شركة ترام القاهرة.[2]

2 ـ **الرقابة القضائية على إسقاط الالتزام**:

لامناص، من أن حق الملتزم بالمنازعة أمام قاضي العقد المختص في صحة الإجراء

---

(1) ملحق الوقائع المصرية ، الصادر في 1953/06/04 ، العدد رقم 46.

(2) محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه مرجع سابق، ص 85.

الصادر بإسقاط التزامه، قائم في الواقع تبعا للنصوص التشريعية التي تجيزه. وهو أمر متفـق عليه في الدول المقارنة كافة. وبناء على ذلك يحق لقاضي العقد أن يحكم بإلغاء هذا الإجـراء عندما يتحقق من عدم مشروعيته، أو عدم ملاءمته[1]. وله فضلا عن ذلـك الحكـم بتعـويض الملتزم التعويض المناسب جراء القرار غير المشروع.[2]

وفي هذا المضمار، ليس من شك أن المشرع الفرنسي قد سهل دور قاضي العقد في رقابـة أسباب إسقاط الالتزام - والفسخ الجزائي والجزاءات عموما - عندما ألزم الإدارة بضـرورة الالتزام بأحكام القانون الخاص بتسبيب القرارات الإدارية[3]. مما يعني أن التزام الإدارة بتسبيب قرار إسقاط الالتزام بصورة صحيحة ومكتوبة، من شأنه أن يساعد قاضي العقد على التحقق من قصد الإدارة بالضبط، ومن أنها قصدت الإسقاط وليس غيـره، كاسـترداد الالتـزام لـدواعي المصلحة العامة مثلا. وقد نادى جانب من الفقه في مصر باقتفاء مسـلك المشـرع الفرنسـي

---

(1) بالإضافة لما قد تم التطرق إليـه فـي السـابق، يراجـع فـي تفاصـيل هـذا الخصـوص كمثـال: هوريو(Hauriou) الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 814 وما بعدها.

(2) قضى مجلس الدولة الفرنسي، في حكمه الصادر في 1975/01/24، بتعويض أحد الملتـزمين بسـبب إسقاط التزامه من دون مراعاة الإدارة للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المـادة (19) مـن دفـاتر الشروط الملحقة بالعقد. ذلك أنه ثبت أن الإسقاط قد أجبر الملتزم على التوقف عن استغلال العقد، لذلك فإنـه يحكم له بالتعويض نظرا إلى تقصير البلدية؛ حكمه:

- C.E. 24 Janvier 1975, Rec. p.55.

وكذا قضى مجلس الدولة المصري في أحد أحكام المحكمة الإدارية العليا، بحق الملتزم بالتعويض، عما يلحقه من أضرار بسبب إجراء الإدارة غير المشروع بإسقاط الالتزام؛ حكمها الحديث الصادر فـي 1994/04/26 مجموعة أحكام العقود الإدارية التي أعدها مجلس الدولة، 1995، ص 634.

(3) بموجب القانون الصادر في 1979/07/11، الخاص بتسبيب القرارات الإدارية، والمنشورات التالية لـه لاسيما المنشور الصادر في 1987/09/28 المتعلق - أيضاـ بتسبيب القرارات الإداريـة, الـذي ينطبـق بطبيعة الحال على قرارات الإدارة المتعلقة بتوقيع الجزاءات في أثناء تنفيذ العقود الإدارية.

وذلك بإقرار تشريع خاص يتضمن أحكام وقواعد تسبيب قرارات الإدارة؛ لما لهذا من أهمية في مجال العقود الإدارية، وخاصة في مجال الجزاءات الفاسخة[1]، وهو الأمر الذي نتوق له في كل من الجزائر واليمن.

وجهد ما يقال، إن الرقابة القضائية على جزاء إسقاط الالتزام من القواعد العامة، التي لايجوز الاتفاق على مخالفتها. وعادة ما يتم التأكيد عليها، والنص على تفاصيلها في القوانين الصادرة بعقود الالتزام كل على حدة. ومع ذلك يأتي النص في محتوى التشريعات المتعلقة بتنظيم عقود الالتزام بصفة عامة، على تنظيم الرقابة القضائية. مثلما هو الحال بالنسبة إلى قانون التزام المرافق العامة وتعديلاته في مصر[2]، أو ماجاء في تعليمة امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها في الجزائر، التي تناولت بالتفصيل أحكام وقواعد الرقابة القضائية على جزاء إسقاط الالتزام، وحقوق أطراف العلاقة التعاقدية في هذا الشأن.[3]

3 ـ **إعذار الملتزم قبل إسقاط الالتزام**:

من المستقرعليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، أن إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط الالتزام إجراء لابد منه، وشرط مهم لصحة مشروعية هذا الجزاء.[4] وقد ذهب مجلس الدولة

---

(1) من أولئك في الفقه المصري: حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 110 ـ 111.

(2) سبق ذكره.

(3)البند(06)منازعات امتيازالمرافق العامة،من الفرع(أولا)امتياز المرافق،من هذه التعليمة،مصدرسبق ذكره.

(4) يراجع في تأييد الفقه لهذا المسلك: جيز(Jeze)، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 935 ـ 939. وكذا حسين درويش عبد العال، "إلغاء العقد الإداري"، مقال منشور في **مجلة العدالة**، أبوظبي، العدد 19، السنة 06، أبريل 1979، ص 92. وكذلك عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص 192.

الفرنسي إلى حد تشدده في هذا الخصوص، واعتبار حالة سكوت العقد عن تنظـيم إجـراءات الإعذار ومدته، بمثابة اتفاق أطراف العلاقة التعاقدية ضمنا على ضرورة الإعذار قبل إسـقاط الالتزام. وهو بذلك شرط لابد منه، حتى إذا خلا العقد أو دفاتر الشروط من النص عليه.[1]

علما بأنه غالبا ما تتضمن عقود الالتزام أو دفاتر الشروط في فرنسا النص على الإعـذار. وقد لاحظ دي لوبادير(De laubadère) في هذا الصدد: "أن دفاتر الشروط الملحقـة بعقـود الالتزام في فرنسا تنص صراحة على ضرورة قيام الإدارة بإعذار الملتزم قبل توقيـع جـزاء الإسقاط، وعلى المدة التي يعقب انتهاؤها إمكانية قيام الإدارة باتخاذ هذا الجزاء"[2]، وهو الأمر الذي لحظناه ـ كذلك ـ في الدول المقارنة الأخرى.[3]

وجدير بالإشارة، أن مسلك مجلس الدولة المصري، قد اختلف عما سلكه سلفه. وقد أشـار جانب من الفقه بهذا الصدد، إلى أن المجلس لم يشترط في أحكامه ضرورة الإعذار قبل إسقاط الالتزام، كما أنه ـ مجلس الدولة المصري ـ في فتواه لم يتطلب إعذار الملتزم قبـل توقيـع الجزاء عليه. وتبعا لذلك يجزمون على أن المجلس لا يشـترط إعـذار الملتـزم قبـل توقيـع هذا الجزاء.[4]

---

(1) يراجع في أحكام المجلس في هذا الخصوص على سبيل المثال:

ـ C.E. 05 Juillet 1967,Commune de Donville - les - Bains, Rec. p. 297.

(2) العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 158.

(3) من ذلك، ما تضمنته نصوص عقد التزام ميناء (عدن) للحاويات، المبرم بين الحكومة اليمنيـة وشـركة موانئ دبي العالمية، التي ألزمت بإعذار الشركة عن أية إجراءات تزمع القيام بها. للاستزادة، يراجع بـذلك: نصوص الاتفاقية المنشورة في صحيفة (الأيام) يوم الثلاثاء2007/07/10، السنة 26، العدد5141، ص13.

(4) من أولئك: أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق ص 368. وكذا محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية ...، مرجع سابق، ص238.

ونرى في هذا الصدد، أنه من واجبنا توضيح الحقائق الآتية:

(أ) لوحظ أن لمجلس الدولة المصري، أحكاما قضائية طرق بها هذا الموضوع المهم، وليس ذلك وحسب؛ بل اتخذ قرارات لا تقل أهمية عما قضى به مجلس الدولة الفرنسي. وهذه الأحكام وإن كانت قليلة ونادرة - في الواقع - إلا أنها تدحض ما ذهب إليه بعض الفقه من الجزم بعدم تعرض المجلس لموضوع الإعذار في جزاء إسقاط الالتزام على الإطلاق.

وليس أدل من ذلك، مما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا - إحدى محاكمه - الصادر في 1977/12/30، إذ صرحت بأنه: "يثبت لمانح الالتزام دائما - بجانب الجزاءات الأخرى - إسقاط الالتزام. غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين، أولهما: أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة، أو يتكرر إهماله، أو يعجز عن تسييره بانتظام. وثانيهما: وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء..."[1].

(ب) بالنسبة لفتوى قسم الرأي لمجلس الدولة الصادرة في 1953/01/28[2]، التي ترددت بشكل لافت - من دون غيرها - في العديد من الدراسات والمؤلفات. فهي وإن كانت قد أشارت إلى عدم الحاجة إلى إعذار الملتزم قبل إسقاط الالتزام؛ فإنه من غير المنطقي الاعتداد بها لوحدها، والبناء عليها في تقرير قاعدة عامة.[3]

(ج) يبدو أن مسلك مجلس الدولة المصري غير مستقر على رأي ثابت بهذا الشأن، على خلاف ما أتسم به قضاؤه في الجوانب الأخرى، التي طرقها بقوة وجرأة، مستفيدا من سلفه.

---

(1) سبق الإشارة إلى هذا الحكم سلفا.

(2) مجموعة فتاوى مجلس الدولة في 15 عاما لأحمد سمير أبو شادي ، ص 71.

(3) ينظر في صدد هذه الفتوى، على سبيل المثال: المؤلفات العربية التي أشرنا إليها في الصفحة السابقة.

ولئن كان الأمر كذلك فإنه يصعب الجـزم بعـدم اشـتراطه للإعـذار قبـل توقيـع جـزاء إسقاط الالتزام.

وبناء على كل ما تقدم، نرى صواب الأصل العام الذي يقضي به مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن، المتمثل بضرورة إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء إسقاط الالتـزام، وأهـم حججنـا نسوقها فيما هو آت:

(أ) يعد جزاء إسقاط الالتزام من الجزاءات الأكثر قساوة، بالمقارنة مع الأنواع الأخرى من الجزاءات، لأنها تؤدي إلى استبعاد الملتزم نهائيا عن استغلال المرفق العام، ومن ثم إلى انقلاب الاستثمارات المالية التي أنفقها الملتزم على إعداد المرفق واستغلاله. لذلك فإن ما يقال بصـدد الإعذار في عقود الالتزام، يختلف بالطبع عما يقال في غيره من الأنواع.

(ب) مما لاشك فيه أن جزاء إسقاط الالتزام، ليس من الجزاءات التـي يتخللهـا عنصـر الاستعجال، فهو إجراء خطير تتخذه الإدارة أو تطلب من القضاء توقيعه بعـدما تفـرغ مـن الخيارات الأخرى في العادة.

(ج) يأتي الإعذار في نظرية الفسخ الجزائي للعقود الإدارية، باعتبـاره أحـد الضـمانات الحقيقة للمتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية، فما بالك بالنسبة إلى عقد الالتزام، الذي يعد من أهم العقود، نظرا إلى رؤوس الأموال الضخمة التي تنفق في ظله.

(د) من الناحية العملية، فإنه تربط الملتزم بالإدارة (مانحة الالتزام) علاقة مالية معقدة نوعا ما، بالنظر إلى المدة الطويلة التي تتسم به في العادة عقود الالتزام، ومن ثم فإن اشتراط الإعذار من شأنه الحفاظ على استقرار هذه العلاقة حتى نهايتها، فلا يحدث ما لا يحمـد عقبـاه. علمـا بتعلق طرف ثالث في هذه العلاقة، ألا وهو المنتفع من خدمة المرفق، الذي من شـان إسـقاط

الالتزام بصورة فجائية، الإضرار بمصالحه.

غير أن مجمل هذه الاعتبارات ـ وغيرها ـ لايفترض فهمها على أساس اشتراط الإعـذار بصورة مطلقة؛ إذ إن ثمة من الظروف والحيثيات ما لا تستوجب بطبيعتها، اشتراط الإعـذار قبل توقيع جزاء الإسقاط.ومع ذلك فإن هذه المعطيات لا تخرج عن كونها استثناءات من القاعدة العامة التي قررها القضاء الإداري الفرنسي، وأيدها الفقه في غالبيته، سواء كان ذلك في فرنسا أو في الدول المقارنة الأخرى. وأهمها في نظرنا ما يأتي:

(أ) يمكن إعفاء الإدارة من الإعذار بناء على اتفاق طرفي العقد، بمقتضى شرط صريح في العقد أو دفتر الشروط.

(ب) كما يمكن أن تعفى الإدارة بمقتضى نص تشريعي أو لائحي.

(ج) حالة ما إذا بينت طبيعة الأمور عدم الفائدة من الإعذار، كأن يعلن الملتزم نفسه عـدم قدرته نهائيا على الاستمرار في استغلال المرفق. أو أن يعلن إفلاسه، أو التصـفية القضـائية لمشروعه. غير أنه يشترط في مثل هذه الحالة، أن يكون قد نص في العقد علـى أن التصـفية القضائية، تعد سببا من الأسباب التي تبرر إسقاط الالتزام.

(د) كما تعفى الإدارة من إعذار الملتزم، في حالة إذا تنازل الملتزم عن محل الالتزام للغير من دون موافقة الإدارة المسبقة.

خامسا: الآثار القانونية المترتبة على إسقاط الالتزام

تتعدد وتتنوع الآثار التي تنشأ عن تطبيق جزاء إسقاط الالتزام على المتعاقد الذي يتخلـف عن تنفيذ التزاماته الملقاة على عاتقه في عقود الالتـزام، سـواء كـان ذلـك بالنسـبة إلـى الإدارة(مانحة الالتزام)، أو بالنسبة إلى المتعاقد (الملتزم) نفسه. ولوحظ أن أهـم تلـك النتـائج

والآثار القانونية، تبدو فيما يأتي:[1]

1 ـ أهم مترتبات توقيع هذا الجزاء، هو إنهاء العقد بصفة قطعية، وانقضاء العلاقة التعاقدية القائمة بين مانح الالتزام والملتزم. ولايجب أن يؤدي إجراء إسقاط الالتزام إلى إنهـاء وجـود المرفق العام، إذ يقع على الإدارة أن تعمل على استمرار هذا المرفق على الرغم من اسـتبعاد الملتزم بناء على اتخاذ هذا الجزاء.

2 ـ يحق للإدارة (مانحة الالتزام) الجمع بين جزاء الإسقاط والجزاءات المالية الأخرى ـ إذ يمكن أن تجتمع الجزاءات المالية والفاسخة معا ـ كمطالبة الملتزم بالتعويضات جراء الأضرار التي لحقت بها، مع ملاحظة أنه لا يجوز لها الحصول على تعويضات أخرى للوقائع القانونيـة عينها، التي أدت إلى هذا الجزاء.

ومن نافلة القول، إنه "لا يترتب على الإسقاط في ذاته أي تعويض لصالح الملتزم خلاف ما يحصل عليه من مقابل الموجودات التي لا تؤول للإدارة من دون مقابل؛ لأن إسـقاط الالتـزام جزاء لا يتفق معه ـ بطبيعة الحال ـ أن يستحق تعويض عنه"[2].

---

(1) للاستزادة، يراجع في الفقه على سبيل المثال: جيز(Jeze)، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق الجزء الثالث، ص941 ـ 949. وكذا دي لوبادير (De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص167 ـ169. وكذلك حسين درويش عبدالعال، إلغاء العقد الإداري، مقاله، مرجع سابق، ص 92. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة"، مرجـع سـابق، ص 549 ـ 553. عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق ص259 ـ 268. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقـد الإداري"دراسـة مقارنـة" رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 114 ـ 129.

(2) فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولـة المصـري، الصـادرة فـي 1963/06/15، مجموعة الفتاوى في عشر سنوات لأحمد سمير أبو شادي، رقم 1579، ص 2569.

ومن الجزاءات المالية الأخرى التي يمكن توقيعها مع جزاء إسقاط الالتـزام، هـو جـزاء مصادرة التأمين الذي دفعه الملتزم سلفا، إذ تنص دفاتر الشروط عادة على أنه في حالة إسـقاط الملتزم يصبح التأمين ملكا للإدارة (مانحة الالتزام). ولنا أن نضرب في ذلك مثالا، مما جاء في قائمة الشروط الملحقة بالقانون رقم 686 لسنة 1954 الخاص باستغلال بعض خطوط الأتوبيس في مصر، التي نصت على أنه: "يصبح من حق المجلس البلدي إذا انقضى الالتزام قبل انتهـاء مدته بسبب غير استعمال هذا المجلس لحقه في الاسترداد وغير الوفاة"[1].

3 ـ تحدد وثائق الالتزام عادة، حقوق وسلطات الجهة مانحة الالتزام، وكذلك الآثار كافة التي تترتب على إسقاط الالتزام. وطبقا لما ينص عليه غالبا في دفاتر الشروط، فإن من تلك الآثـار أنها تقرر إقامة مزايدة جديدة على مسؤولية الملتزم المستبعد، وذلك لاختيار ملتزم جديد يحـل محله، ضمانا لاستمرار المرفق العام (محل الالتزام).

وقد تسنى لنا استخلاص أهم تلك القواعد التي تحكم المزايدة في هذه الحالة، وهي:

(أ) تحدد دفاتر الشروط عادة المواد والأشياء التي تطرح في المزايدة، وذلك بقصد انجـاز الأشغال التي لم ينفذها الملتزم القديم، أو الاستمرار في تنفيذ هذه الأشغال وتنفيـذ الالتزامـات الأخرى للملتزم القديم التي تتوافق مع المشروعات المحددة سلفا. كما تتضمن المزايدة الحق في الالتزام عينه، والأراضي والمشروعات والمؤن والمواد الخام، فضلا عن الإعانات والضمانات التي كانت محددة للملتزم المستبعد، وعليه لا تستطيع الإدارة (مانحة الالتزام) أن تلغيهـا؛ لأن الملتزم الجديد يجب أن يحل في مركز الملتزم القديم السابق.

---

(1) المادة (91) في قائمة هذه الشروط التي تعد جزءا لايتجزأ من هذا القانون.

(ب) يترتب على إتمام المزايدة، خضوع الملتزم الجديد لنصوص دفاتر الشروط المطبقـة على عقد الالتزام (الأول) الخاص بالملتزم المستبعد، ويحل الملتزم الجديد محله. ويحق للملتزم القديم (المستبعد) تسلم الثمن الناتج من المزايدة، على أن يتحمـل المصـروفات كافـة التـي تستلزمها هذه العملية.

(ج) في حالة فشل المزايدة، فإنه تجري مزايدة أخرى، ولكن هذه المرة من دون تحديد ثمن أساس. أما إذا فشلت هي الأخرى عن تحقيق أية نتيجة، ففي هذه الحالة يترتب الآتي:

(ج 1) فقدان الملتزم المستبعد لحقه في القيمة التجارية المتعلقة بحق اسـتغلال المرفـق الممنوح التزامه له.

(ج 2) حصول الإدارة (مانحة الالتزام) على المنشآت والأدوات والمواد التي يسـتلزمها الاستغلال وفقا لوثيقة الالتزام؛ إذ إنها تحدد ما يتبقى في حوزة الملتزم، وتلك التي تصبح مـن حق الإدارة من دون مقابل.

(ج 3) سقوط جميع الإعانات وضمانات الحد الأدنى للربح، التي كان مـن المحتمـل أن تمنح للملتزم بقوة القانون.[1]

(د) يحق للملتزم المستبعد الحصول على المصروفات التي أنفقها على تهيئة المرفق (محـل الالتزام) في حالة عدم إجراء الإدارة للمزايدتين السابق ذكرهما.

4 ـ يترتب على إسقاط الالتزام توقف الملتزم عن استغلال المرفق من يوم إسقاط التزامـه

---

(1) ويستثنى من ذلك الإعانات والضمانات للمرفق في صورة أوراق مالية ـ أسـهم أو سـندات ـ التـي أصدرها الملتزم ، فإنها تبقى على أسـاس أن أصـحاب هـذه الأوراق يجـب ألا يضـاروا مـن تبعـات إسقاط الالتزام.

وتتحمل الإدارة النفقات إذا أرادت الاستمرار في استغلال المرفق بطريقة الإدارة المباشرة بصفة نهائية، كما تلتزم بدفع قيمة الأدوات التي ترى أخذها ولم تكن قد آلت إليها من دون مقابل وذلك حسب تقدير الخبراء، أو أن تدفع إيجارا للملتزم.

5 ـ لا تعتبر الإدارة (مانحة الالتزام) خلفا عاما، أو خاصا للملتزم المستبعد.

وترتيبا على ذلك، لا تلتزم الإدارة بحقوق دائنيه. إلا أن ذلك لا يمنع حقهم في المطالبة بالحجز على ما يستحقه الملتزم لديها، من مقابل موجوداته التي لم تؤل إليها من دون مقابل.[1]

والأمر يستتبع، في عدم مواجهة الإدارة (مانحة الالتزام) لعقود العمل الخاصة بالعاملين لدى الملتزم المستبعد.[2] ذلك أنه "أنه ليس حلا مثاليا أن نقول بإن عقود العمل تنتهي حتما بانتهاء التزام المرفق العام، لأن المشروع يظل قائما متماسكا بموجوداته والعاملين فيه ولاينتهي في الواقع بإسقاط الالتزام، وذلك مما يجعل علاقة العامل بالمشروع علاقة عينية وليست شخصية، لاتنتهي بانتهاء الالتزام، بل تظل باقية. على أنه يجوز للإدارة إجراء أعمال تطهيرية وهي على بينة من أسبابها خلال فترة معقولة، ويجب أن يكون قرارها في ذلك مسببا، وإلا اصطدم مع قواعد الفصل التعسفي التي تأبى أن يكون الفصل طردا بلا مبرر".

---

(1) ينظر في هذا المعنى: فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية للتأميم والحراسة الإدارية على الأموال، مرجع سابق، ص 149.

(2) مصطفى كمال وصفي، "تأثير إنهاء التزام المرفق العام على عقود العمل"، مقال منشور في **مجلة العلوم الإدارية**، 1965، السنة 07، العدد 02، ص 253.

المبحث الثاني

سلطة الإدارة بالفسخ الجزائي في عقدي الأشغال العامة والتوريد

تمهيد وتقسيم:

يعتبر الفسخ الجزائي أحد أنواع الجزاءات التي تستطيع الإدارة فرضها بالإرادة المنفـردة على المتعاقد الذي يخل بتنفيذ التزاماته في أثناء تنفيذ العقد الإداري. وتعد الأحكام المنظمة لـه الأبرز في قواعد نظرية الجزاءات الإدارية في العقد الإداري. ومكانة الصدارة هذه، لا تعـود لما لموضوعه من أهمية، والآثار المترتبة عليه فقط؛ وإنما من حيث المساحة التي يشغلها فـي النظام القانوني العام الذي يحكم سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، إذا ماقارنا هذه المساحة بغيرها مما يشغلها أي نوع آخر من الجزاءات.

ومما هو واضح ولا يمكن غض الطرف عنه، أن الفسخ الجزائي جزاء خطير بطبيعته، فلا تستطيع الإدارة ممارسة سلطة استعماله إلا عندما يبلغ من المتعاقد معها أشـد الـبلاء، وذلـك بارتكاب أفعال جسيمة يجرح بها العلاقة التعاقدية القائمة جرحا عميقا، مما لا يترك لها حينهـا أي خيار آخر، سوى استخدامه كوسيلة لحماية مبدأ استمرار دوام المرفق العام بانتظام واطراد.

ومع ذلك، جاء في أحكام نظرية الجزاءات ما يحفظ لهذا المتعاقد، الحق في الضمانات التي تمكنه من حماية حقوقه التعاقدية على الوجه الذي لايخـل بمضـمون طبيعـة العقـد الإداري وخصائصه التي يتميز بها عن بقية أنواع العقود في الشريعة العامة. وأهم تلك الضمانات هـي الرقابة القضائية التي تفرض على قرارات الإدارة بتوقيع الفسخ الجزائي. وكـذلك حقـه فـي الإعذار قبل توقيع هذا الجزاء كأصل عام. فضلا عن حقه فـي الحصـول علـى التعـويض المناسب، في حالة ما إذا شاب إجراء الإدارة بالفسخ أية عيوب قانونية، لاسيما إذا كان الإجراء

مشوبا بعدم المشروعية، أو أنه غير ملائم لمقدار الخطأ الذي ارتكبه.

ومن المفيد في هذا السياق، التذكير بأن سلطة الإدارة الجزائية واحدة من الامتيازات التـي تقررت للإدارة بالاستناد إلى اتصال العقد الإداري الوثيق بنشاط المرفق العـام، وفـي تمتعـه بالشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص. وبذلك فإن أحكام وقواعـد سـلطة الإدارة بالفسخ الجزائي تنطبق على العقود الإدارية كافة، إلا حالة الفسخ الجزائي فـي عقـود الالتزام؛ إذ ينفرد النظام الذي يحكم إسقاط الالتزام ببعض الأحكام والخصائص التي تختلف عما هو في بقية العقود الإدارية، لخصوصية عقود الالتزام والبنية التشريعية التي تنظمهـا. وهـو الأمر الذي يفسر لنا إغفال تشريعات الصفقات العمومية والمناقصات والمزايدات باستمرار عن تنظيم أحكام إسقاط الالتزام ـ وما يتعلق بعقود الالتزام عامة ـ وقد عرضنا لذلك سلفا.

ويلاحظ أن سلطة الإدارة الجزائية بفسخ عقودها الإدارية، تتقارب نظم إعمالها وتتطابق في معظم الحالات بالنسبة إلى هذه العقود،وهي سلطة مقررة في تشريعات الدول المقارنة لاسـيما تشريعات الصفقات العمومية والمناقصات والمزايدات، ويؤيدها الفقه في معظمه، فضلا عن أن القضاء الإداري الفرنسي قد اعترف بها في وقت سابق، ووضع لها نظاما كاملا متكاملا.

غير أنه محقق في الواقع، كثرة ممارسة هذه السلطة في عقدي الأشغال العامـة والتوريـد وذلك تبعا لكثرة تطبيقات هذين العقدين بالنسبة إلى غيرهما.لذلك ولئن كانت هذه الدراسة تشتمل حصرا على هذين العقدين ـ وعقد الالتزام ـ فإننا سنركز في هذا المبحث على الفسخ الجزائي في هذين العقدين، علما بتقارب أحكام الفسخ الجزائي فيهما مع العقود الأخرى، وذلك كما يأتي:

المطلب الأول: مضمون الفسخ الجزائي والأفعال المبررة له

المطلب الثاني: خصائص الفسخ الجزائي وآثاره القانونية

المطلب الأول

مضمون الفسخ الجزائي والأفعال المبررة له

الفرع الأول

تعريف الفسخ الجزائي وأنواعه في عقدي الأشغال العامة والتوريد

أولا: تعريف الفسخ الجزائي

يمكننا تعريف الفسخ الجزائي في دائرة العقود الإدارية بصفة عامة، بأنه: جزاء بمقتضـاه تنهي الإدارة الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعاقد معها، قبل انتهاء مدة العقد المتفق عليه، لعدم قدرة الأخير على الوفاء بالتزاماته.(1)

ويستدل من التعريف، أن الفسخ الجزائي هو آخر الجزاءات التي يمكن أن تلجأ إليها الإدارة بعد أن يفيض بها الكيل، وتتقطع بها السبل وتعييها الحيل في ضبط المتعاقد معهـا فـي تنفيـذ التزاماته التعاقدية. إذ إن الأصل أنه لاينبغي للإدارة المتعاقدة أن تلجأ إلى هذه الوسـيلة، إلا إذا اتضح لها أن المتعاقد لم يعد قادرا على أداء التزاماته، ولم يعد بمقدورها اللجوء لطرق أخرى.

ويلاحظ، أن تعريف الفسخ الجزائي على النحو المشار إليه، يتطابق مع أحكامه في العقـود

---

(1) لا يبتعد تعريفنا هذا عما يأخذ به الفقه. ينظرعلى سبيل المثال: أحمد خورشيد المفرجي، سـلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة، مذكرته للماجستير، مرجع سابق، ص25. وكذا جابر جاد نصـار الوجيز في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 226. سامي جمال الدين، أصول القـانون الإداري، الجـزء الثاني، مرجع سابق، ص 758. عبد العليم عبد المجيد مشرف، الوجيز في القانون الإداري"دراسة مقارنـة" الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص 314. وكذاك علي محمد بـدير وعصـام عبـد الوهـاب البرزنجي ومهدي ياسين، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة بغـداد 1993، ص 504.

الإدارية كافة؛ إذ إن مفهوم الفسخ الجزائي بصفة عامة، لا يعدو عن كونه جزاءا إداريا رادعا نهائيا، وإن اختلف نوع العقد الإداري.

ومع ذلك، يعرف في مجال عقد الأشغال العامة بأنه: "ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل Maître de l'ouvrage أن توقعه على المقاول L'entrepreneur المقصر في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، الذي يترتب عليه استبعاد المقاول نهائيا من تنفيذ الأشغال موضوع العقد، أو من الاستمرار في تنفيذها"[1].

وأما في مجال عقد التوريد فيقصد به: إنهاء عقد التوريد بصفة قاطعة، بانقضاء الرابطة التعاقدية القائمة بين الإدارة والمورد بصفة نهائية، ومن ثم استبعاد المورد عن تنفيذ الأداءات والتوريدات محل العقد المبرم مع الإدارة، نتيجة للأخطاء الجسيمة التي يرتكبها.

وتجدر الإشارة، إلى أن الفسخ الجزائي لعقد التوريد وإن كان يتطابق في مفهومه وتعريفه مع الفسخ الجزائي في عقد الأشغال العامة، إلا أن نتائجهما والآثار الناشئة عنهما، ليست على تطابق تام بينهما، كما سيأتي بيانه بالتفصيل لاحقا.

وجهد مايقال، إن الفسخ الجزائي سلطة مقررة للإدارة في مجال العقد الإداري، تمارسها بإرادتها المنفردة تنفيذا لامتياز التنفيذ المباشر ـ مع الأخذ بعين الاعتبار الاستثناء الوارد بالنسبة إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي بشأن إسقاط الالتزام السابق تفصيله ـ وذلك عندما يعجز المتعاقد معها عن أداء واجباته التعاقدية المتفق عليها. وسلطة الإدارة في الفسخ الجزائي سلطة

(1) محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه مرجع سابق، ص 170. وكذا السلال سعيد جمعه الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، مذكرته للماجستير، مرجع سابق، ص 122.

منظمة في الدولة المقارنة كافة، وعلى مختلف الأصعدة التشريعية منها، والقضائية، والفقهية.

ولا يخفى عن القارئ، أن الفسخ الجزائي هو أحد الطرق التي تؤدي إلى نهاية العقد الإداري نهاية مبتسرة؛ إذ إن الأصل هو انقضاؤه بالطرق الطبيعية، سواء بتنفيذ الالتزامات التعاقدية القائمة، أو بانتهاء مدته القانونية.(1)

ثانيا: التفرقة بين الفسخ الجزائي والنظم القانونية المشابهة له

من الطبيعي أن ثمة اختلافات بين الفسخ الجزائي وبين بعض النظم القانونية الأخرى الشبيهة له. وقد تسنى لنا حصر أهمها سواء كانت في تلك التي ينظمها القانون الخاص، أو التي يحكمها القانون العام، لاسيما في مجال تنفيذ العقد الإداري عينه. ومن ثم استطعنا استخلاص جملة من الاختلافات المهمة التي تميزه عن تلك النظم القانونية، وهي:

1 - **مع نظام الفسخ في عقود القانون الخاص**:

يختلف الفسخ الجزائي عن نظام الفسخ في عقود القانون الخاص من عدة وجوه مهمة، تكمن أبرزها - بحسب اعتقادنا - فيما توضحه النقاط الآتية:(2)

(أ) الفسخ الجزائي امتياز مقرر للإدارة وفقا لنظرية الجزاءات في العقد الإداري، ضمانا لدوام استمرار المرفق العام. وبذلك تمتلك الإدارة حق توقيع الفسخ الجزائي بنفسها، وبإرادتها

---

(1) بصدد النهاية الطبيعية للعقود الإدارية بصفة عامة، يمكن مراجعة: حسين درويش عبد العال، "انقضاء العقود الإدارية"، مقال منشورفي **مجلة العدالة**، أبوظبي، العدد30، السنة 09، يناير 1982، ص 39 - 46.

(2) للاستزادة، يراجع على سبيل المثال: فؤاد العطار، عقد الأشغال العامة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق ص 277 وما بعدها؛ علما بأنه استعرض بالتفصيل أوجه العلاقة بين الفسخ الجزائي في عقد الأشغال العامة والفسخ المقرر في عقود القانون الخاص، بصورة تفصيلة.

المنفردة من دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، كما هو الأصل في فسخ عقود القانون الخاص حيث لايستطيع كلا المتعاقدين أن يقرر أي منهما بنفسه فسخ العقد في حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته الناشئة عن العقد؛ بل لابد أن يلجأ إلى القاضي المدني ليصدر حكما بفسخ العقد لإخلال الطرف الآخر بالتزاماته التعاقدية.

وهكذا، فإن التدخل المسبق للقاضي من أجل توقيع الفسخ الجزائي يعتبر مستبعدا، اللهم إذا أرادت الإدارة التنازل عن هذا الحق، وطلبت من القاضي توقيع هذا الجزاء.

(ب) تملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في توقيع الفسخ في أي وقت تراه مناسبا، وفي تقدير الأفعال المبررة له، وهو الأمر الذي لانجد له نظيرا لأي من المتعاقدين في عقود القانون الخاص بطبيعة الحال.

(ج) تعد مسألة تقدير خطأ المتعاقد مع الإدارة في حالة الفسخ الجزائي، أكثر تدقيقا وتشددا من تقدير خطأ المدين في قواعد القانون الخاص.

(د) إذا كان لا يجوز لقاضي العقد الإداري، أن يمنح المتعاقد مع الإدارة مهلة معينة لتنفيذ التزامه الذي قصر في أدائه، لكونه لا يملك في الأصل تقدير احتياجات المرفق العام. فإن للقاضي المدني هذه القدرة، ومن ثم يستطيع منح المدين أجلا زمنيا للتنفيذ.

(هـ) يعتبر الفسخ الجزائي وسيلة وقائية لحماية المرفق العام. لذلك فإن الإدارة لا تهدف منه فقط مجازاة المتعاقد المخل بالتزاماته، وإنما المحافظة على مصالح الجمهور التي يقدمها المرفق العام. بينما يكون الهدف دائما من طلب الفسخ في عقود القانون الخاص هو الحصول على التعويضات من المتعاقد الآخر الذي قصر عن تنفيذ التزاماته.

2 ـ مع الإنهاء الإداري للعقد لدواعي المصلحة العامة(سلطة الإلغاء):

بالنسبة لعلاقة سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي مع سلطتها في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة(سلطة إلغاء العقد) فيجمعهما أن الإدارة هي مصدرة الإجـراء وأساسهما القانوني يتقارب إلى حد كبير، ويكاد يتطابق. كما أن القاضي الإداري لا يملك سلطة إلغاء قرار الإدارة في كلا السلطتين، سواء في عقدي الأشغال العامة والتوريد، أو في غيرهما من العقود الإدارية ـ باستثناء عقد الالتزام كما أشرنا إلى ذلك سلفا ـ لاسيما في فرنسـا بلـد منشأ نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، أو بالأحرى نظرية العقد الإداري بصفة عامة(1).

أما الاختلاف بينهما فيكمن في أن الفسخ الجزائي يتطلب أن يصدر عن المتعاقد فعل جسيم خلافا لما اتفق عليه، كي تستطيع الإدارة ممارسة هذه السلطة بفرض هذا الجزاء. بينمـا فـي سلطة إلغاء العقد لدواعي المصلحة العامة، فللإدارة سلطة تقديرية واسعة في إلغاء العقد لدواعي المصلحة العامة، ومن دون خطأ من جانب المتعاقد معها. ضف إلى ذلك، أن آثارهما مختلفـة ولعل أهمها أن المتعاقد في العقود الإدارية لايستحق أية تعويض في حالة الفسخ الجزائي نظرا إلى ارتكابه الخطأ، الذي في ضوئه تم اتخاذ هذا الجزاء. بينما في سلطة إلغاء العقـد لـدواعي المصلحة العامة فيستحق المتعاقد التعويض المناسب إزاء إلغاء عقده القائم مـع الإدارة، كـأن يتحصل المقاول في عقد الأشغال العامة، أو المورد في عقد التوريد ـ أو فـي غيرهمـا مـن العقود ـ تعويضا كاملا من الإدارة مشمولا بذلك ما لحقه من خسارة وما فاتـه مـن كسـب.

---

(1) أما في الدول المقارنة الأخرى لاسيما مصر، فلا يوجد تفرقة بين أنواع العقد الإداري، فيكون للقاضـي الإداري حق إلغاء قرار الإدارة غير المشروع، ليس في عقد الالتزام فحسب كما هو في فرنسـا؛ بـل فـي العقود الإدارية كافة.

3 ـ **مع الجزاءات الضاغطة المؤقتة:**

من المحقق، أن الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة أو لعقد التوريد أو لغيرهما من العقـود الإدارية، هو أحد الجزاءات الإدارية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، كما هي الحال بالنسبة إلـى الجزاءات الضاغطة المؤقتة؛ فكلاهما يتم من قبل الإدارة بالإرادة المنفردة، ويتفقان في أنهمـا يواجهان في الغالب الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد الآخر في العلاقة التعاقدية.

ومع ذلك فإنهما يختلفان من زاوية جوهرية، حيث يعتبر جزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، أو جزاء الشراء على حساب وتحت مسؤولية المورد في عقـد التوريـد؛ جزاءا ضاغطا بقصد إجبار المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته، وهو على هذا النحو جزاء مؤقت لايترتب عليه انتهاء العقد. في حين المؤكد أن جزاء الفسخ يؤدي إلى إنهاء العقد بصـفة قطعية ونهائية، ومن ثم انقضاء العلاقة التعاقدية القائمة بين الإدارة والمتعاقد الآخـر، سـواء المقاول أو المورد أو المتعهد أو غير ذلك من صفات المتعاقد في بقية أشكال العقد الإداري.

والجدير بالذكر، أن سلطة الإدارة في فسخ العقد بسبب خطأ من المتعاقـد، سـلطة تاليـة لجزاءات الإدارة الضاغطة، إذا ثبت للإدارة عدم فعالية وعدم جدوى هذا النوع من الجزاء، في ردع الطرف الآخر ودفعه لتنفيذ التزاماته.

غير أن هذا القول ليس ملزما للإدارة كقاعدة مطلقة؛ إذ إنها تستطيع توقيع جـزاء الفسـخ مباشرة عند تحقق الأفعال المبررة له. مما يعني أن الإدارة تملك فرض جزاء الفسخ مـن دون أن تسبقه بتوقيع الجزاء الضاغط، متجاوزة مرحلة جزاء الردع والإكراه المؤقت كلية.

4 ـ **مع جزاء إسقاط الالتزام في عقود الالتزام:**

لامناص من أن القواعد التي تحكم سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي لعقدي الأشغال العامـة

والتوريد - ولبقية العقود - من جهة، وتلك التي تنظم سلطتها في إسقاط الالتزام مـن جهـة ثانية، متشابهة في الواقع ويجمعهما ما يأتي:

(أ) كلتا السلطتان تفترض أخطاءا جسيمة من الطرف الآخر في العلاقـة التعاقديـة، كـي تمارسهما الإدارة، فلا يتم فسخ العقد إلا بتحقق هذا الشرط.

(ب) الملتزم أو المقاول أو المورد لايستحق أي تعويض عن فسخ العقد بسبب أفعاله المخلة بالالتزامات التعاقدية والقانونية؛ بل بالأحرى إن للإدارة الحق بمطالبته بالتعويضات المناسـبة جراء الإخلال بالمرفق العام الناشئ عن الأخطاء الجسيمة.

(ج) يتحمل الملتزم أو المقاول أو المورد النتائج المالية، التي تنشأ عن فسـخ العقـد، كمـا سنفصله بدقة لاحقا.

أما فيما يخص علاقة التباعد والاختلاف بينهما، فمن خلال دراستنا لجزاء إسقاط الالتـزام وما استشرفناه عن الفسخ الجزائي في عقدي الأشغال العامة والتوريد، فإنها في تصورنا تتمثل في النقاط الآتية:

(أ) يستنتج من دراسة جزاء إسقاط الالتزام في عقود الالتزام، أن القاعدة العامة في قضـاء مجلس الدولة الفرنسي المؤيد من جانب كبير من الفقه؛ تفترض صدور الجـزاء مـن قاضـي العقد، وليس من الإدارة. اللهم إذا احتفظت الإدارة لنفسها صراحة بمقتضى نـص فـي عقـد الالتزام بحقها في إجراء إسقاط الالتزام من دون حاجة إلى طلب ذلك من قاضي العقـد، وقـد طرقنا أسباب ذلك تفصيلا.

وغني عن البيان، أن مسلك القضاء الإداري الفرنسي - هذا - محط نظر في قضاء مجلس الدولة المصري، وجانب كبير من الفقه.

بينما في عقدي الأشغال العامة والتوريد، فالمتصور هو ثبات واستقرار الأصل العام لسلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، المتمثل بقدرتها على توقيع مختلف أنواع الجزاء بالإرادة المنفردة إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر.

(ب) يستتبع القول اختلاف سلطة قاضي العقد بالنسبة لمقدرته في إلغاء العقد مـن عـدمها لاسيما في فرنسا. فبينما لا يملك حق إلغاء جزاء الفسخ في عقدي الأشغال العامة والتوريد، إذا كان غير مشروع أو ليس له مايبرره. فإنه يملكها بشأن جزاء إسقاط الالتزام في عقد الالتزام. والأمر على خلاف بين فرنسا والدول المقارنة الأخرى. حيث لايعتد - مثلا - قضاء مجلس الدولة المصري بهذه التفرقة - وكذاغالبية الفقه - ويسلم كمبدأ بحق قاضي العقد فـي إلغـاء جزاء الفسخ المخالف للقانون في العقود الإدارية كافة، من دون استثناء عقد الالتزام.

ثالثا: أنواع الفسخ الجزائي

من المسلم به في النظرية العامة للجزاءات أنه يوجد للفسخ الجزائي في العقـود الإداريـة لاسيما عقدا الأشغال العامة والتوريد؛ نوعان أساس. فرق القضاء والفقه في فرنسا، بينهما تبعا لمدى جسامة وخطورة آثار كل منهما على مركز المتعاقد المفسوخ عقده مع الإدارة، وهما:

1 - **الفسخ الجزائي المجرد أو البسيط**:

ويقصد به إنهاء الإدارة للرابطة التعاقدية القائمة مع المتعاقد المخل بالتزاماته، بلا قيـد أو شرط، وذلك باكتفاء الإدارة بالحصول على التعويضات اللازمة لجبر الخسائر التـي تكبـدتها نتيجة لهذا الإخلال. وطبقا لهذا الشكل لايتحمل المتعاقـد المفسـوخ عقـده تبعـات اسـتمرار تنفيذ العقد الأصلي.

2 ـ **الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد:**

ويقصد به، انتهاء الرابطة التعاقدية بفسخ الإدارة للعقد القائم بينها وبـين المتعاقـد المخـل بالتزاماته التعاقدية، مع تحمل الأخير (المتعاقد المفسوخ عقده) الآثار المترتبة على إبرام عقـد جديد، لإتمام تنفيذ الالتزامات التي تخلف عن أدائها.(1)

ونظرا إلى لخطورة الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، لما يترتب عليه من آثار مهمـة من الناحيتين القانونية والمالية؛ فإن الرأي مستقر في القضاء والفقه الفرنسي، على أنه لايجـوز للإدارة أن تلجأ إلى هذا النوع من الفسخ الجزائي، إلا إذا كان منصوصا عليه صراحة في العقد أو دفتر الشروط.(2)

وقد جاء تنظيمه في التشريع الفرنسي جنبا إلى جنب الفسخ المجرد، لاسـيما فـي دفـاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بإبرام وتنفيذ العقود الإدارية. ومن جملة تلك النصـوص مـا أشارت إليه المادة (49/04) من دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العامـة(2) بالقول: "في حالة الفسخ الجزائي للعقد على حساب ومسؤولية المقاول، فإنه يتم إبرام عقد مـع

---

(1) وذلك بإعادة طرح العملية مجددا في مناقصة عامة ـ أو بأي أسلوب آخر يسمح به القـانون ـ علـى حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته. ينظر في هذا المعنى كمثال: إسماعيل عبد الحميد، "طبيعة شرط مصـادرة التأمين في العقد الإداري"، مقال منشور في **مجلة قضايا الحكومة**، السنة 10، العدد 03، 1961، ص 117.

(2) سنكشف عن المزيد من التفاصيل عن مسلك مجلس الدولة، ورأي الفقه ضمن الصفحات القادمة.

(3) لسنة 1976، مصدر سبق ذكره.

ـ وكذلك "فإن المادة(35) من دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بالكباري والجسور كانت قد نصت على جواز حق الإدارة بالفسخ على مسؤولية المتعاقد جنبا إلى جنب الفسخ المجرد، إلا أن المادة(38) من دفـاتر الشروط المتعلقة بمرفق السفن، قررت وجوب الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد في حالة الخطأ الصادر عنه"؛ محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهـاء العقـد الإداري "دراسـة مقارنـة"، رسـالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 230.

مقاول آخر من أجل إكمال الأشغال".

وإذا كان ذلك هو الوضع بالنسبة إلى تنظيمه في فرنسا، فإن الأمر على خلاف في الدول المقارنة الأخرى. إذ لوحظ أنها وإن كانت قد أخذت جميعها بالفسخ الجزائي المجرد البسيط مثلها مثل فرنسا، فإنها لم تأخذ - فيما يبدو - بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد بالشكل والدرجة التي أخذت به فرنسا؛ حيث خلت تشريعات الصفقات العمومية والمناقصات والمزايدات من الإشارة إليه.

ففي الجزائر خلا مرسوم الصفقات العمومية المعمول به، من الإشارة إلى الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد. في الوقت الذي أتت نصوص هذا المرسوم متوافقة مع أحكام الفسخ الجزائي المجرد البسيط[1]، مما يعني أن المرسوم تضمن الفسخ المجرد من دون غيره.

وحتى لا نجافي الحقيقة، فقد لوحظ أن المادة (35) من دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة[2]، كانت تضمنت بعض الإشارات المقتضبة على هذا النوع. وهو الأمر الذي أدى ببعضهم للقول: "وواضح من نصوص دفتر الشروط الإدارية العامة بأنه يحق للإدارة أن تمارس بنفسها، ومن دون اللجوء إلى القضاء توقيع جزاء الفسخ المجرد، أو فسخ عقد الأشغال العامة على مسؤولية المقاول المقصر"[3].

والأمر عينه في مصر، إذ لم يتطرق قانون المناقصات والمزايدات، أو لائحته التنفيذية

---

(1) يراجع في ذلك: المادة (99) من هذا المرسوم، مصدر سبق ذكره.

(2) لسنة 1964، مصدر سبق ذكره.

(3) ومنهم: يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، بحثه لدبلوم الدراسات العليا، مرجع سابق، ص202.

إلى أي بيان أو إشارة عن الفسخ الجزئي على مسؤولية المتعاقد، بينما تم تفصيل أحكام الفسخ الجزئي المجرد البسيط.[1] كما أن مجلس الدولة لايميل إلى الأخذ بهذا النوع.[2]

وحتى لايخلو الأمر من وضع الحقيقة في نصابها، فقد دار - ومازال - جدل واسع في محيط الفقه في مصر، انقسم الفقه على إثر ذلك ما بين مؤيد ورافض لمسلك القضاء الإداري الفرنسي المؤيد فقها وتشريعا. ففيما برر جانب من الفقه ضرورة الأخذ بالفسخ الجزئي على حساب مسؤولية المتعاقد في مصر لما يترتب عليه من فوائد مالية للخزانة العامة[3]. رأى جانب آخر أن الاعتبارات التي يسوقها الجانب الآخر غير مقنعة، كما أنه يفترض عدم التوسع بسلطة الإدارة في الفسخ الجزئي على مسؤولية المتعاقد؛ إذ من شان ذلك إهدار القوة الملزمة للعقد، ومن ثم - بحسب أنصار هذا الرأي - يؤدي إلى تخوف الأفراد من الدخول في علاقة تعاقدية مع الإدارة. ولا ينسى هذا الفريق من التذكير بأن سلطة الإدارة في الجزاءات، إنما هي سلطة استثنائية ولا يجوز العمل بها على إطلاقها[4].

---

(1) يراجع في ذلك: المواد (24،25،26) من القانون، والمواد(84،94) من لائحته التنفيذية، سبق ذكرهما.

(2) فمثلا جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1964/02/01، المجموعة، السنة 09، ص 571؛ مايأتي:"لايقبل أن تلجأ الإدارة إلى توقيع الجزاءين معا، جزاء إنهاء العقد وجزاء التنفيذ على حساب المتعاقد".

(3) فالمقاول الذي ارتكب خطأ بمخالفته لالتزاماته التعاقدية يجب أن يتحمل النتائج المترتبة على ذلك، ولا يجوز للإدارة إذا قررت تنفيذ الأشغال، أن تعفيه من المسؤولية المالية المترتبة على التعاقد الجديد. لأن تنازل الإدارة عن الفائدة التي تعود عليها، يتعادل مع تنازل الدولة عن دين مستحق لها من دون مبرر قانوني؛ فؤاد العطار، عقد الأشغال العامة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 280 - 281.ومن المؤيدين لذلك:عبد المجيد محمد فياض نظرية الجزاءات في العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق ص 296 - 300.

(4) حسين درويش عبد العال، النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 78. وكذا محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مقاله، مرجع سابق، ص 270.

إلا أن جانبا ثالثا قد حسم أمره بل الأمر برمته؛ بالقول: "إن المشـرع المصـري لا يأخـذ بنظام الفسخ [الجزائي] على مسؤولية المتعاقد القائم في فرنسا".[1]

أما بالنسبة إلى المشرع اليمني، فإن مسلكه غيربعيد عما سلكه سابقاه(الجزائري والمصري) لاسيما في قانون المناقصات والمزايدات[2]؛ إذ لم تورد أية إشارة على أخذه بالفسـخ الجزائـي على مسؤولية المتعاقد على عكس الفسخ الجزائي المجرد البسيط. غير أنه في البند (02) مـن المادة (110) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون جاء بها اقتضابا ما يأتي: "إلغاء العقد وتكليـف غيره بإتمام الأعمال التي لم يقم بتنفيذها وعلى حسابه"[3]، علما بأن هذه اللائحة قد سكتت عـن إيراد أية إشارة أخرى من شأنها التأكيد على الأخذ بهذا النوع. فالأمر في نظرنا لا يقتصر فقط على إيراد فقرة بسيطة - بحسب ماعبر عنها- من دون توضيح لأحكامها وقواعـدها، وهـو الأمر الذي يفترض التعبير عنه بوضوح لأهميته، وتلافيه لاحقا عند القيام بإجراء التعديلات.[4]

وأخيرا وليس بآخر، تلزم الإشارة إلى أننا سنتعرض إلى أحكام شكلي هذا الجزاء (المجـرد البسيط وعلى مسؤولية المتعاقد) لاحقا، لاسيما عند دراسة الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي.

---

(1) نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام في النظـامين المصري والفرنسي "دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق ، ص 363.

(2) فلم يشر في المادة الرئيسة المتعلقة بأحكام الفسخ، إلا إلى الفسخ الجزائي المجرد البسيط. يرجى في ذلك مراجعة: المادة (24) من هذا القانون، مصدر سبق ذكره.

(3) علما بأن المشرع اليمني قد نص على الفسخ الجزائي المجرد البسيط في المادة (115) من هذه اللائحـة وسيأتي التعليق عليها وبيانها بالتفصيل لاحقا.

(4) توجب الإشارة إلى أن الحكومة اليمنية ما لبثت أن تؤكد عزمها للتقدم إلى البرلمان لإجراء تعديلات على قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية ولائحته التنفيذية، بما يتناسب مع الرغبة المتعلقة بمكافحـة الفساد في البلاد، وتلافي الثغرات والنواقص التشريعية الحالية.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي ومبررات اتخاذه

أولا: الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي

أولى فقه القانون العام عناية كبيرة بموضوع الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي فـي عقـدي الأشغال العامة والتوريد. وأثار بشأنه جدلا واسعا، تخللته العديد من الآراء، وتمخضـت عنـه جملة من النتائج المهمة، إذا ما نظرنا إلى الزوايا المتنوعة التي نظر منهـا إلـى الموضـوع. ولوحظ أن كل تلك الآراء قد اتجهت للإجابة على التساؤل الرئيس بهذا الصدد، ألا وهو: **هـل يتم إرجاع طبيعة الفسخ الجزائي إلى القواعد العامة المتعلقة بالفسخ في القانون المـدني، أم إلى طبيعة خاصة، لاسيما فكرة النظام العام ؟**

في ضوء ذلك، ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول إن الفسخ الجزائي لعـدم التنفيـذ، ليس إلا تطبيقا للمبدأ الذي قررته المادة (1184) من القانون المدني الفرنسي، التي تقضي بـأن الشرط الفاسخ يكون دائما مقررا ضمنا في العقود الملزمة للجانبين، وذلك في حالة عـدم قيـام أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزامات.(1)

وربط جانب آخر بين جزاء الفسخ في عقد الأشغال العامة ـ مـن دون بقيـة العقـود ـ والمادة (1194) من القانون المدني الفرنسي، التي تقضي بأن رب العمل يستطيع أن يفسخ عقد المقاولة بإرادته وحده، حتى لو كان العمل قد بدأ قبل ذلك، مع تعويض المقـاول عـن نفقاتـه وأشغاله والأموال كافة، التي كان من الممكن أن يجنيها من المقاولة. وتبعا لذلك فإن جزاء فسخ

---

(1) ينظر: فؤاد العطار، عقد الأشغال العامة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 393.

عقد الأشغال العامة ليس سوى تطبيقا لهذه المادة.[1]

وفي الوقت عينه، أنكرت قلة من الفقه الفرنسي ارتباط جزاء الفسخ بفكـرة النظـام العـام ورفضت الاعتراف للإدارة بسلطة الفسخ الجزائي - بنوعيه سالف الإشارة إليهما - ما لم يكن قد اتفق طرفا العلاقة عليها، بموجب نص صريح في العقد أو دفاتر الشروط.[2]

ومع ذلك، يشير جانب كبير من الفقه إلى رفض الأخذ بهذا الإسناد، ومن ثـم يـرى عـدم صحة الربط بين نصوص القانون المدني المتعلقة بالفسخ وبين الفسخ في دائرة العقود الإداريـة سواء كان ذلك بصدد عقد الأشغال العامة أو غيره من العقود الإدارية، باستثناء عقـد الالتـزام فإنه يخرج عن دائرة هذا الحديث برمته بحسب ما أشرنا إليه سلفا.

فجيز(Jeze) يبرر استبعاد المادتين (المذكورتين أعلاه) في هذا المجال بقولـه: "لايمكـن الاستعانة بأي مادة من القانون المدني بصفة قاطعة". ويضيف أن "مبادئ العدالة وحدها التـي يمكن أن تستلهم من نصوص القانون المدني وتكون قابلة للتطبيق، وأنه من المناسب ملاحظـة أن مبادئ العدالة المقررة في القانون المدني يمكنها أن تتضـمن تعـديلات بسـبب واقعـة أن المتعاقدين ليسوا أفرادا، ولكن أحد المتعاقدين هو الإدارة التي تعمل من أجل تسيير مرفق عـام ولذلك فمن الخطأ تطبيق المادة (1184) أو المادة (1194) من القانون المدني على العلاقـات بين الإدارة ومتعاقدها"[3].

---

(1) Le Clear(J.), Les marchés de fournitures et de travaux publics, charles - lavauzelle Paris, 1949, p. 111.

(2) ومنهم: جوس(Josse)، الأشغال العامة ونزع الملكية، مرجع سابق، ص 147.

(3) المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 1028.

ومن ثم، تؤكد الغالبية سواء في فرنسا أو في الدول المقارنة الأخرى، على أن طبيعة الفسخ الجزائي تتعلق بفكرة أو قاعدة النظام العام من دون غيرها من الأفكار والقواعد القانونية التـي يمكن أن تقال في هذا الشأن.

وفي هذا يقول بلومان(Blumann): "يعتبر الفسخ سلطة من النظام العام، مخصصة لضمان حسن سير المرافق العامة"[1].

وترتيبا على أن طبيعة الفسخ الجزائي متعلقة بالنظام العام، فإنه يترتب على إقـرار هـذه الحقيقة، ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ الجزائي حتى في حالة سكوت العقد أو دفتـر الشـروط على النص عليها.

وليس أدل على اختزال المعنى في مجمله، مما اختصره دي لوبـادير (De laubadère) بقوله: "توجد سلطة الفسخ الجزائي بين يدي الإدارة حتى في حالة سكوت العقد"[2].

على أن الإدارة لا تستطيع التنازل نهائيا عن سلطتها هذه، لأن هذه السـلطة ليسـت حقـا شخصيا لها، وإنما هي وظيفة وواجب مكلفة به، ذلك أننا نكون دائما بصدد اختصاص يهـدف إلى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد[3].

وتجب الملاحظة في هذا المقام، إلى أن النوع الأول من الفسخ الجزائي (الفسـخ الجزائـي المجرد والبسيط) هو الذي يوجد في جميع الحالات لصالح الإدارة، حتى لو يكن منصوصا عليه

---

(1) Blumann(C.), La renonciation en droit administratif français, L.G.D.J, Paris, 1974 p. 213.

(2) العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 163.

(3) في هذا المعنى: محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، مرجع سابق، ص153.

صراحة في العقد أو دفتر الشروط. أما النوع الثاني من الفسخ الجزائي (الفسخ الجزائي علـى مسؤولية المتعاقد المستبعد) فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يشترط فيه أن يكون منصوصـا عليه في العقد أو دفتر الشروط، وإلا فلا تستطيع الإدارة أو قاضي العقد توقيعـه ضـدا علـى المتعاقد، فهو لايوجد من تلقاء نفسه.(1)

رأينا:

بالنسبة إلى الفسخ الجزائي المجرد البسيط، فإن مسألة اعتباره من النظـام العـام، مسـألة محسومة بعد الذي تقدم، طالما وأن للإدارة القدرة على توقيع هذا الجزاء بالإرادة المنفردة مـن دون اشتراط النص عليه صراحة، مع ملاحظة الإجمـاع المحقـق وعلـى الأصـعدة كافـة على تقرير ذلك.

أما النوع الآخر من الفسخ الجزائي، فإن اشتراط مجلس الدولة الفرنسي والفقه في غالبيتـه على ضرورة النص عليه في العقد أودفتر الشروط، مسألة تتعارض مع قاعدة النظام العام، التي تشترط ممارسة سلطة الإدارة للفسخ الجزائي حتى في خارج نطاق العقد، أي في كل الظروف سواء نص العقد عليها صراحة أم لم ينص، كما لا يجوز بناء عليها التنازل عن السلطة.(2)

أما مسألة تعلق طبيعة سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي في عقد الأشـغال العامـة، وعقـد التوريد أو في غيرهما، بنصوص القانون المدني كالمادتين الفرنسيتين اللتين أوردناهما سلفا، أو

---

(1) يراجع في أحكام مجلس الدولة بهذا الصدد على سبيل المثال:

- C.E. 25 Octobre 1933, Berp, Rec. p. 951.

(2) وقد قال بعضهم صراحة: "إن هذا النوع ليس من النظام العام، ولا يوجد بقوة القانون لصـالح الإدارة"؛ محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص183.

حتى فيما يقابلهما في القانون المدني المقارن، فإننا في الواقع لا نرى أنها تطبيقا لهـا، إذ تجـد هذه السلطة مصدرها وأساسها القانوني في الطبيعة الذاتية للعقد الإداري.

ثانيا: الأفعال المبررة للفسخ الجزائي

إن ممارسة الإدارة لسلطة فسخ العقد من جانب واحد، من الامتيازات المقررة فـي مجـال تنفيذ العقد الإداري، التي سلم بها القضاء والفقه الإداري في وقـت سـابق، ونصـت عليهـا تشريعات الدول المقارنة لاحقا؛ لا بل وفي خارج الدول المقارنة، وكل ذلك على خلاف مـاهو معمول به في مجال تنفيذ عقود القانون الخاص برمته.

ذلك أن كل مخالفة من جانب المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية، لا تعد خطأ تعاقـدي فحسب؛ وإنما تعد في الوقت عينه، خطأ يصيب المرفق العام بشكل أو بآخر.

والفسخ كجزاء رادع ينهى به العقد الإداري، فإنه يشترط كـي تسـتطيع الإدارة توقيعـه بالصورة المشروعة، أن يكون الفعل الذي يصدر عن المتعاقد معها في أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري، على درجة كبيرة من الجسامة، وإلا عد إجراء الإدارة باطلا من الناحيـة القانونيـة. علما بأن معنى الخطأ الجسيم في مجال تنفيذ العقد الإداري، ما هو إلا إخلال المتعاقد بـالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري[1].

وبالنظر إلى خطورة الآثار المترتبة على الفسخ الجزائي، ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول إن الأفعال التي تبرر هذا الجزاء، يجب أن تكون أشد جسامة من تلك المتطلبـة لتوقيـع

(1) للاستزادة بصدد مفهوم وتعريف وأحكام الخطأ الجسيم في هذا المجال وفي مجال تنفيـذ العقـد الإداري بصفة عامة؛ يراجع على سبيل المثال: إبراهيم طه الفياض، العقـود الإداريـة، مرجـع سـابق، ص 225 وما بعدها.

الإدارة لجزاءات الضغط المؤقتة.[1]

بينما يرى جانب آخر من الفقه بأن الأفعال الصادرة من المتعاقـد، التـي تبـرر توقيـع الجزاءات الضاغطة المؤقتة كافية لتبرير توقيع هذا الجزاء.[2]

وفي حقيقة الأمر، إننا نميل إلى الرأي الأول مع الأخذ بملاحظة أنه يكفي في هذه الحالـة تكرار المتعاقد للأفعال عينها التي أدت إلى توقيع الجزاء الضاغط المؤقت عليه، واتضحت في ظل ذلك عدم نية المتعاقد أو عدم قدرته على الاستمرار في تنفيذ العقد، فإنه ليس ثمة ما يمنـع من توقيع جزاء الفسخ حينئذ؛ بل إن الوضع الطبيعي والمنطقي يقتضي ذلك لا محالة.[3]

ويلاحظ أن اشتراط أن يكون الفعل المبرر لسلطة الإدارة في الفسخ الجزائي، على درجـة كبيرة من الجسامة، أمر متفق عليه ومسلم به في الدول المقارنة الأخرى، حيث يؤيد القضاء[4] والفقه فيها، ما ذهب إليه الفقه الفرنسي المؤيد لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن.

ففي الجزائر، يؤكد (أحمد محيو) إلى أن هذه السلطة يمكن أن تمـارس بسـبب التقصـير الخطير الذي يرتكبه المتعاقد مع الإدارة[5]. ويشير آخرون بالقول إنـه: "يجـوز لـلإدارة أن

---

(1) ومنهم: دي لوبادير(De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 164 ـ 170.
(2) ومنهم: جوس(Josse)، الأشغال العامة ونزع الملكية، مرجع سابق، ص 147.
(3) حدث أن اصدر القضاء في محافظة (عدن) اليمنية، حكما بتأييد إجراء إدارة محطة حجيف في المحافظة بفرض جزاء الشراء على حساب المتعهد (ت.ع)، نظرا إلى عدم التزام هذا المتعهد بتوريد بعض أصـناف الزيوت المطلوبة لتسيير المحطة. ولما تأكد للإدارة تكرار المتعهد لهذا الإخلال، قامت الإدارة بفسـخ العقـد المبرم معه. وأجاز القضاء ذلك فيما بعد عند وصول النزاع إليه مجددا. ينظر في التفاصـيل علـى سـبيل المثال: صحيفة (الناس) الصادرة يوم الاثنين الموافق 2006/05/29، ص 01،04.
(4) على سبيل المثال لا الحصر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1994/04/26، الطعـن رقم 4682، السنة 35 ق، مجموعة الأربعين عاما، 1995، ص 634.
(5) محاضرات في المؤسسات الإدارية، مرجع سابق، ص 248 ـ 251.

تفسخ العقد بإرادتها المنفردة حتى وإن لم يكن هناك نص قانوني أو بند في العقد يسمح لها بذلك إذا ارتكب المتعاقد معها خطأ جسيما"[1].

وفي مصر، يقول (سليمان الطماوي): "يستهدف هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية ومن ثم فإنه يفترض أن المتعاقد قد أخطأ خطأ جسيما particulièrement grave ولا تلجأ الإدارة إلى هذا الجزاء إلا إذا كانت مضطرة"[2].

وكذلك في اليمن، إذ يشير(أحمد شرف الدين) بقوله: "إنه [الفسخ الجزائي] أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها جهة الإدارة على المتعاقد معها، وهو يفترض ارتكـاب المتعاقـد خطـأ جسيما، أو تقصيرا، أو إخلالا خطيرا بالتزاماته، فتقوم الإدارة بفسخ العقد أي إنهاءه كجزاء له على هذا التقصير الشديد أو الخطأ الجسيم"[3].

وجهد ما يقال، إن تقرير مدى جسامة الخطأ وكفايته لتقرير جزاء الفسخ، يعـود لـلإدارة بالدرجة الأولى، ثم بعد ذلك لقاضي العقد الذي يراقب تقدير الإدارة لجسامة هذا الفعل بالمقارنة بهذا الجزاء، وذلك في حالة ما إذا رفع النزاع إليه بطلب من المتعاقد المفسوخ عقده.

أما بالنسبة للأفعال التي تكون على درجة كبيرة من الجسامة، وتعد كافيـة لتوقيـع الإدارة

---

(1) ناصر لباد، القانون الإداري Le droit administratif، الجـزء الثـاني، النشـاط الإداري، مرجـع سابق ص 451.

ـ في المعنى عينه: أنيسة قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرتها للماجستير، مرجـع سـابق ص117. وكذا يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفـي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، بحثه للحصول علـى دبلـوم الدراسـات العليـا، مرجـع سابق ص 198.

(2) الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 545.

(3) مبادئ القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 218.

للفسخ الجزائي، لاسيما في عقدي الأشغال العامة والتوريد؛ فإنه بالنظر والاستفادة من تطبيقات القضاء، وتعليقات الفقه ورؤيته بهذا الصدد، فقد استطعنا فرز واستخلاص أهمها، فيما هـو آت بيانه وتفصيله:

1 ـ عدم تنفيذ المتعاقد لمحل العقد. كأن يترك المقاول في عقد الأشغال العامة موقع العمـل ومن ثم توقفه عن تنفيذ الأعمال المطلوبة. إذ لا يقبل منه في هذه الحالة ـ تحديدا ـ أية أعذار كأن يتذرع بأن ثمة أخطاء قد صدرت عن الإدارة، أو أنها رفضت طلبه في صرف دفعة مالية جديدة من مستحقاته؛ لأنه يجب أن ينفذ تلك الأشغال حتى لو كان قد تقدم بطلب فسخ العقد. ذلك أنه يفترض عليه الاستمرار بالتنفيذ حتى تبين الإدارة موقفها من طلبه، أو يصدر القضاء حكمه في هذا الطلب. فالإدارة وحدها التي يحق لها وقف تنفيذ الأشغال أو تأجيلها.[1]

ويتمثل ذلك في عقد التوريد، بحالة توقف المورد عن تسليم التوريدات، أو توقفه عن تصنيع البضاعة المتفق عليها.

2 ـ رفض المتعاقد وعلى وجه الخصوص في عقد الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحية.

3 ـ قيام المقاول في عقد الأشغال العامة بتنفيذ الأعمال بصورة معيبة جدا، أو قيام المـورد بتسليم أصناف رديئة جدا على غير ما اتفق عليه في عقد التوريد.[2]

---

(1) من أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد على سبيل المثال:

ـ C.E. 01 Juin 1932, Louche, Rec. p. 536.

حيث من جملة ما جاء به: أنه لا يسمح للمتعاقد بإيقاف تنفيذ الأشغال حتى لو تقدم بدعوى تعويض للقضاء.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في 1985/04/09، السنة 22 ق، المجموعة،السنة 30، ص929.

ـ تنظر محاكم أمانة العاصمة اليمنية (صنعاء) في العديد من القضايا المتعلقة بتوريد أصناف رديئة لـوزارة الصحة. ينظر في تفاصيل ذلك: صحيفة(الدستور)الصادرة يوم الاثنين 2007/10/29، العدد 112، ص07.

4 ـ التنازل عن العقد، أو التعاقد من الباطن من دون أخذ الموافقة المسبقة من الإدارة. وهو من الموضوعات التي اهتم الفقه بدراسة وتفصيل مبادئه وقواعد إجرائه وآثاره، لاسيما في عقد الأشغال العامة، لكثرة اللجوء له في واقع التطبيقات العملية[1]. وصدرت العديد مـن الأحكـام والقرارات القضائية التي عدته واحدا من الأفعال المبررة لجزاء الفسخ.[2]

وللأهمية، نود بهذا الخصوص الإشارة إلى أن المشرع قد اهتم هو الآخر بهذا الموضـوع وأولاه عناية خاصة، وذلك بأن وضع له القواعد التي تنظمه وتحدد إجراءاته. وعلى إثر ذلـك لوحظ أن التشريع المقارن قد حفل بالعديد من تلك النصوص. فبالإضافة لما تضـمنته دفـاتر الشروط الإدارية العامة، ومنها نذكر ما جاء في مضمون المادة (28) مـن دفـاتر الشـروط الإدارية العامة لسنة 1977 المطبقة على عقود التوريد الجارية في فرنسا، التي اعتبرت التعاقد

---

(1) للاستزادة بصدد التنازل والتعاقد من الباطن، وأثره على الفسخ الجزائي، يراجع كمثال: عـبس الحسـن التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالته للدكتوراه، مرجـع سـابق، ص 42 ومـا بعدها. وكذا فتح ا أبو سكينة، نظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري "دراسة مقارنة"، رسـالة دكتوراه كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس، 1995، ص 325. وليد فاروق جمعة، حماية المقاول من الباطن في إطار عقد الأشغال العامة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 86. وكذلك محمد علي جواد، "التعاقد من الباطن ومبدأ الاعتبار الشخصي"، مقال منشور في **مجلة الثوابت**، صنعاء، العدد 21، يوليو ـ سبتمبر2000 ص 74 ـ 96؛ الذي تناول بالشرح المفصل أحكام وقواعد التعاقد مـن البـاطن والآثـار المترتبـة عليـه وخصوصا على الفسخ الجزائي للعقد، مبينا أحكام القضاء وآراء الفقه وما تبناه المشـرع الحـديث لاسـيما المشرع الفرنسي بهذا الشأن.

(2) ومنها على سبيل المثال:

ـ C.E. 13 Mars 1937, Pradelle, Rec. p. 324.

وكذا حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر في 1957/01/27، المجموعة، السنة 11، ص 174؛ وحكمها الصادر في 1957/11/10، المجموعة عينها، ص 198؛ علما بأن المحكمة فـي حكميهـا المشـار إليهما كانت قد اعتبرت التعاقد من الباطن، من المسائل المتعلقة بالنظام العام، التي يترتب عليها بطلان العقد.

من الباطن أحد الأفعال التي تبرر قيام الإدارة بتوقيع جزاء الفسخ[1]. والمادة (11) الفقرة (03) من دفاترالشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة في الجزائر التي نصت على أنه: "في حالة ما إذا أبرم المقاول عقد من الباطن... من دون ترخيص [مـن الإدارة] يجوز تطبيق الإجراءات المنصوص عليها"؛ ومن تلك الإجراءات فسخ العقد.

يلاحظ أن المرسوم الرئاسي الجزائري المتضمن تنظيم الصفقات العموميـة، قـد تضـمن نصوصا بصدد أحكام المتعامل الثانوي في القسم السادس منه، وتحديـدا المـواد (94،95،96) وأوجب بمقتضاها، أن يحصل المتعامل الثانوي على موافقة المصلحة المتعاقدة مقـدما. وهـو الأمر الذي يمكن أن يترتب عليه تبعا لذاك من وجهة نظرنا، فسخ العقد فيمـا إذا لـم يلتـزم المتعامل المتعاقد مع الإدارة بهذه القاعدة الملزمة.

وكذلك ما جاء في المادة (97) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمنـي التي نصت على أنه: "لا يحق للمقاول أو المورد أو المتعهد التنازل عن العقد بالكامل أو تحويله لأي مقاول أو مورد أو لأي جهة كانت ... إلا بعد أخـذ الموافقـة مـن لجنـة المناقصـات المختصة"، وما جاء في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية، وتحديدا فـي مطلع المادة (77) بأنه: "لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد...".

غير أنه لزام علينا الإشارة قبل طي هذا القول، إلى أن المرسوم وكذلك هاتين اللائحتين لم يتضمنوا في الواقع النتيجة المترتبة على حالة عدم التزام المتعاقد مع الإدارة بقاعدة عدم النزول عن العقد والتعاقد من الباطن إلا بعد أخذ الموافقة المسبقة من الإدارة، ومع ذلك نـرى أن مـا

---

(1) مصدر سبق ذكره.

رتبه القضاء الإداري المؤيد من غالبية الفقه، القاضي بفسخ العقـد، هـي النتيجـة الطبيعيـة والمنطقية، طالما وأن المشرع قد غفل عن النص بوضوح على ذلك.

مع ملاحظة أن قولنا هذا لا يعني بالضرورة فسخ العقد تلقائيا عندئذ، وإنما ما قصدناه هـو أنه يحق للإدارة أن توقع جزاء الفسخ في هذه الحالة، إذا ما قدرت أنه السبيل المناسب، أي وفقا لتقديرها لمدى تأثير هذا الفعل على سير المرفق العام.

5 ـ عدم الالتزام بالمواعيد المحددة بتنفيذ الأعمال في عقد الأشغال العامة[1]، أو بعدم تسليم الأصناف المطلوبة في المواعيد المحددة في عقد التوريد، أو في غيرهما من العقود.

6 ـ أفعال الغش والاحتيال الصادرة من المتعاقد مع الإدارة سواء في عقد الأشغال العامـة أو في عقد التوريد[2]، أو في غيرهما من العقود[3].

---

(1) ومن ذلك ما قررته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا الجزائرية، في حكمها الصـادر فـي 1990/07/28 في قضية (توهامي الطاهر) ضدا على والي (عنابة). وتتلخص وقائع القضية، في أن السيد(توهامي الطاهر) أبرم صفقة عمومية مع ولاية (عنابة) في 1976/06/27، قصد تشييد مقر لبلدية(الحجار)، وبعد فتـرة مـن بداية الأشغال حدث نزاع بين الطرفين، أدى بولاية (عنابة) إلى فسخ العقد من جانب واحد. وحجـزت تبعـا لذلك كل الأدوات والآلات الخاصة بالمقاول. وعلى إثر ذلك رفع النزاع بطلب مـن المقـاول إلـى الغرفـة الإدارية بمجلس قضاء (عنابة). ونظرا لرفض الطعن من جانب قضاء مجلس (عنابة) طعن المقـاول أمـام الغرفة الإدارية في المحكمة العليا. وقد أشارت الأخيرة في حكمها إلى حق الإدارة بفسخ العقد كجزاء علـى عدم الالتزام بالمواعيد المقررة في الصفقة من جانب المقاول؛ ينظر: حميد بن علية، مفهوم ومحتوى العقـد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، مذكرته للماجستير، مرجع سابق، ص 47 ـ 49.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1971/01/16، المجموعة، السنة 16، ص 50. علمـا بـأن المحكمة عينها كانت قد تطرقت إلى موضوع مهم ذي علاقة بهذا الشأن، ألا وهو أن توقيع جزاء الفسخ فـي عقد التوريد، أو في بقية العقود الإدارية، لا يمنع الإدارة من اللجوء إلى القضاء الجنائي، لتعلـق موضـوع الغش والاحتيال بالقضايا الجنائية؛ حكمها في 1971/04/04، المجموعة، السنة 25، ص 346.

(3) والبحث ماثل للطباعة، حدث أن صدرعن الحكومة اليمنية قرار بفسخ العقد القائم مـع شـركة بـاورد كوربوريشن (POWERED CORPORATION) الأمريكية، نظرا لاستعمال الشركة لأساليب الغش

وما ينبغي أن يشار إليه في هذا الصدد، أنه يجب عدم الخلط بين أفعال الغـش والاحتيـال التي يرتكبها المتعاقد وتبرر جزاء الفسخ عليه، وبين طرق التدليس التي يستعملها المتعاقد لكي يحصل على فسخ العقد القائم مع الإدارة. إذ إنه في الفرض الثاني تستحق الإدارة تعويضا عن الضرر الذي يحدث لها إذا ما أنبنى الفسخ عليه. بينما في الفرض الأول يتحمل المتعاقد الآثـار كافة، التي يقتضيها جزاء الفسخ كما سيأتي بيانه.[1]

واستكمالا للموضوع، يذكر أن المشرع في الدول المقارنة، نص في تشريعات المناقصـات والصفقات العمومية، أو في دفاتر الشروط الإدارية العامة، على الأفعال التـي تبـرر جـزاء الفسخ. وأورد بعضها على سبيل الوجوب، وهو ما تعارف عليه بعبـارة (الفسـخ الوجـوبي) وبعضها الآخر على سبيل الجواز؛ حيث خيرت الإدارة بين أخذها أو عدم أخذها وفقا لتقديرها في هذا الجانب، وهو المتعارف عليه بعبارة (الفسخ الجوازي).

فبينما جاء ذكر حالات الفسخ الجزائي في عقد الأشغال العامة في فرنسا، في المـادة (49) من دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العامة. وجاءت المادة (28) من دفاتر

= والاحتيال في تنفيذ العقد المبرم معها، والمتعلق بإنجاز دراسات في مجال الطاقة النووية. ورد ذلـك فـي صحيفة (14 أكتوبر) الرسمية الصادرة في العاصمة التجارية والاقتصادية للجمهورية اليمنية(عـدن)، يـوم الأربعاء الموافق 2007/10/31 العدد رقم 13922، ص 01 ـ 02؛ وكذا صحيفة (الصحوة) الأهلية، العدد رقم 1100 يوم الخميس 21 شوال 1428 هـ ، الموافق 2007/11/01، ص 1،14.

(1) لمعرفة المزيد بصدد الأفعال المبررة لجزاء الفسخ، التي أقرها القضاء الإداري، المؤيد من غالبية الفقـه يراجع كمثال: عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق ص 276 ـ 280. وكذا محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة فـي إنهـاء العقـد الإداري "دراسـة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 201 ـ 213،331 ـ 338. وكذلك هـارون عبـد العزيـز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجـع سـابق ص 265 ـ 274.

الشروط العامة المطبقة على عقود التوريد مفصلة للحالات التي يحق للإدارة فسخ هذا العقد.[1]

نظم المشرع المصري تلك الحالات في قانون المناقصات والمزايدات، وكذلك في لائحتـه التنفيذية، على النحو الآتي:

1 ـ **الحالات الواردة في القانون وتتضمن:**[2]

(أ) إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة، جاز للجهـة الإدارية ـ بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ومن دون حاجة إلـى اتخـاذ أي إجراء آخر ـ إلغاء العقد.

(ب) فسخ العقد تلقائيا في الحالتين الآتيتين:

(ب 1) إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بوساطة غيره الغش أو التلاعب في تعاملـه مع الجهة المتعاقدة، أو في حصوله على العقد.

(ب 2) إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

(ج) تخول الإدارة بفسخ العقد إذا اخل المتعاقد بأي شرط من شروط العقد.

2 ـ **الحالات التي أشارت إليها اللائحة التنفيذية للقانون، وتتضمن:**[3]

(أ) يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد إذا أخل المتعاقد بأي شرط من شروطه، ويكون الفسخ

---

(1) مصدران سبق ذكرهما.

(2) المواد (21،24،25) من القانون، مصدر سبق ذكره.

(3) المواد (75،84،94) منها، مصدر سبق ذكره.

ـ أشارت المادة (77) من هذه اللائحة إلى أنه: "يجوز للإدارة في حالة وفاة المتعاقد فسـخ العقـد مـع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشـرط أن يعينـوا عنهم وكيلا لتوكيل مصدق على التوقيعات فيه، وتوافق عليه السلطة المختصة". ونلفت النظر في هذا الشأن

بقرار من السلطة المختصة، يخطر به بكتاب موصى عليه بعلم الوصول إلى عنوانـه المبـين في العقد.

(ب) يجوز للإدارة فسخ العقد في حالة إخلال المقاول بأي شرط من شروط العقد أو إهمال أو إغفال القيام بأحد الالتزامات المقررة.

(ج) إنهاء التعاقد في حالة عدم قيام المورد بالتوريد في الميعاد المحدد بالعقد.

أما المشرع اليمني، فكان مسلكه غير بعيد عما أخذ به المشـرع المصـري، فـنظم تلـك الحالات في القانون واللائحة التنفيذية المتعلقة به، وذلك على النحو الآتي:

1 ـ **الحالات الواردة في القانون**:

يحق للجهة المعنية فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي في الحالات الآتية:[1]

(أ) الغش والتلاعب.

(ب) تقديم الرشوة.

(ج) التأخير عن التنفيذ في المواعيد المحددة.

2 ـ **الحالات الواردة في اللائحة التنفيذية للقانون**:[2]

(أ) إذا امتنع أو تأخر المقاول أو المورد أو المتعهد عن تنفيذ الأعمال أو توريد الأصناف أو أداء الخدمات المتعاقد على أدائها أو توريدها في المواعيد المحددة في العقد...[يترتب عليه]إلغاء

= إلى أن هذه الحالة ليست ضمن الحالات التي تبرر جزاء الفسخ. ذلك أن بعض الفقه كان قد خلط بين هذه الحالة وحالات الفسخ الجزائي.ومن أولئك: إبراهيم محمد علي، آثارالعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 128.

(1) المادة (24) من القانون، مصدر سبق ذكره.

(2) المواد (110، 115) منها، مصدر سبق ذكره.

العقد وتكليف غيره بإتمام الأعمال التي لم يقم بتنفيذها وعلى حسابه، ومصادرة التأمين النهائي من دون حاجة للالتجاء إلى القضاء.

(ب) يحق للجهة المعنية فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي في الحالات الآتية:

(ب1) إذا ثبت أن المقاول أوالمورد أوالمتعهد قد استعمل الغش أوالتلاعب أو شرع أوأقدم بنفسه أو بوساطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشرعلى رشوة أحد الموظفين أو التواطؤ معه.

(ب2) إذا تأخر المقاول أو المتعهد في البدء في العمل بعد استلامه للموقـع خاليـة مـن الموانع بحيث ظهر للجهة عدم إمكان إتمامه في الموعد المحدد، وأن المدة المتبقية فـي العقـد لا تكفي لتنفيذ العمل.

(ب3) إذا أفلس أو أعسر المقاول أو المورد أو المتعهد.

أما فيما يتعلق بمسلك المشرع الجزائري في مرسوم الصفقات العمومية، فقد ذكـر بعـض الحالات التي يحق للإدارة في ضوئها فسخ العقد، وبصورة مقتضبة وبعبارة عامة، تخلو مـن التفصيل والتحديد على التعيين، على عكس المشرع المصري واليمني. وحتى يبدو الأمر أكثـر وضوحا نورد ما نص عليه المشرع في المادة القانونية المتعلقة بجزاء فسخ العقد، بقوله[1]: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجـل محدد. وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليـه أعـلاه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد. لايمكن الاعتـراض علـى قـرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والملاحقات الراميـة

---

(1) المادة (99) من المرسوم، مصدر سبق ذكره.

إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها.ويحدد الوزير المكلف بالمالية بقرار البيانات الواجب إدراجها في الإعذار، وكذلك آجال نشره في شكل إعلان قانوني".

وعطفا على ذلك، يمكننا استنتاج قصد المشرع بصدد أفعال جزاء الفسخ، أنه جعل من كل إخلال بالتزامات العقد من جانب المتعاقد مع الإدارة، مبررا لتوقيع جزاء الفسخ عليه. وذلك بقوله: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته التعاقدية... يمكن للمصلحة المتعاقدة...".

والحقيقة أن هذا القاعدة صحيحة بصفة عامة - كما سيأتي توضيحها لاحقا - غير أنه يفضل ذكر بعض الحالات الرئيسة، وإيراد بعض تفصيلها، وذلك حتى تتبين اتجاهات المشرع ورؤيته بهذا الشأن، كما أن هذه الحالات - المتكررة في الواقع العملي - من شأنها لعب دور كبير في أثناء نشوء نزاعات ما، بين الإدارة مصدرة قرار الفسخ والمتعاقد المفسوخ عقده.

ومع ذلك، تؤدي دفاتر الشروط الإدارية العامة في الجزائر دورا ملحوظا بهذا الشأن [1]،إذ إنها تكمل البناء التشريعي. وعليه لاحظنا في دفاتر الشروط الإدارية العامة، لاسيما تلك لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة، أنها نظمت أحكام فسخ العقد وأشارت في ظل ذلك على العديد من الحالات المبررة لجزاء فسخ العقد. ومن تلك المواد، نورد مضمونها فيما يأتي:

1 - حالة عدم مباشرة المقاول للأشغال في الآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري.[2]

---

(1) يستحسن بهذا الشأن مراجعة: شريف بن ناجي، تطور النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 508 - 517؛ وذلك للتعرف إلى المزيد من الأحكام والقواعد المتعلقة بدور وأهمية دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة في الجزائر.

(2) المادة (12) الفقرة (01) من دفاتر الشروط الإدارية العامة، مصدر سبق ذكره.

2 ـ حالة عدم الالتزام الدقيق بتنفيذ أوامر المصلحة.[1]

3 ـ حالة رفض المقاول للتغييرات التي تتطلبها الإدارة خلال العمل. كالأوامر الصادرة من المهندس المعماري وعلى مسؤوليته.[2]

4 ـ حالة ظهور ما يؤكد على سوء النية من المقاول.[3]

5 ـ حالة وقوع أعمال تدليس، أو مخالفات متكررة لشروط العمل، أو التقصير الخطير في تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها.[4]

6 ـ للإدارة الحق في فسخ العقد بحكم القانون وبدون تعويض، في حالة إفلاس المقاول باستثناء الحالة التي تقبل بها الإدارة العروض التي يمكن أن يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة المقاولة وذلك في الحالة التي تسمح له فيها المحكمة بمتابعة استغلال المشغل. ويفسخ العقد كذلك في حالة التسوية القضائية التي لا يسمح فيها للمقاول بمتابعة استغلال مشغله.[5]

---

(1) المادة (12) الفقرة (04) من دفاتر الشروط الإدارية العامة، مصدر سبق ذكره.
(2) المادة (12) الفقرة (05) من الدفاتر عينها.
(3) المادة (18) الفقرة (02) من الدفاتر عينها.
(4) المادة (35) الفقرة (11) من الدفاتر عينها.
(5) المادة (37) الفقرة (02) من الدفاتر عينها.
ـ علما "بأن المادة (31) من القرار الوزاري المشترك، لسنة 1999، بصدد الأشغال العامة، كانت قد تضمنت هذه الحالة، غير أنها لم تتضمن الشروط التي نصت عليها المادة (37) الفقرة (02) المذكورة أعلاه"؛ أنيسة قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرتها للماجستير، مرجع سابق، ص 102.
ـ أما بالنسبة لحالة الوفاة التي تضمنتها المادة (37) الفقرة (01) من دفاتر الشروط لسنة 1964 التي جاء في مضمونها: فسخ العقد بقوة القانون ومن دون تعويض في حالة وفاة المقاول، ورفض الإدارة للعروض التي تقدم بها وكيل ورثة المقاول لاستمرار المقاولة. فإنه يصدق عليه، ما قد سبق أن قلناه بصدد الخلط الذي وقع به بعضهم، حيث اعتبروا حالة الوفاة ضمن حالات الفسخ الجزائي، وهي ليست كذلك. من أولئك:يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة ...، بحثه لدبلوم الدراسات العليا، مرجع سابق، ص199.

ونخلص من جماع ما سبق، إلى أن توقيع جزاء فسخ عقد الأشغال العامة وعقد التوريد، أو في غيرهما من العقود الإدارية، يستلزم بالضرورة صدور خطأ جسيم من قبل المتعاقـد مـع الإدارة، وإلا عد إجراء الفسخ غير مشروع من الناحية القانونية. وهو الأمر الذي أقره القضاء الإداري، وأيده الفقه في غالبيته، ونص عليه المشرع في الدول المقارنة على النحو الذي أشرنا إليه تفصيلا. غير أنه يلزم علينا في هذا المقام، توضيح الحقائق الآتية:

1 ـ يشير الفقه إلى أن النص في العقد على بعض حالات الفسخ، لا يعنـي عـدم وجوبـه بالنسبة لحالات الخطأ الأخرى، وإنما تخضع هذه الحالات غير المنصوص عليها للقواعد العامة للجزاءات في تنفيذ العقود الإدارية(1).

كما أن الحالات التي ينص عليها المشرع صراحة، ليست سوى حالات ترد علـى سـبيل المثال لا الحصر؛ لأن "حق الإدارة حق أصيل في فسخ العقود الإداريـة، إذا أخـل المتعاقـد بالتزاماته إخلالا يستلزم هذه العقوبة الصارمة"(2).

2 ـ يترتب على الحالات التي ينص عليها المشرع، سواء أكانت وجوبية، أم علـى سـبيل الجواز، المفترض فيها جسامة الخطأ وكفايته كمبرر للفسخ؛ أن تكون الإدارة بمنجاة عن رقابة القضاء من حيث الملاءمة، لا المشروعية ـ بطبيعة الحال ـ ذلك أن الإدارة إنما تطبق فـي هذه الحالة، نصوص التشريع التي سبق للمشرع أن وضعها.

---

(1) كمثال: جيز(Jeze)، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص1031 ـ 1119.

(2) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 554.

ـ في هذا المعنى: حسين درويش عبدالعال، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، مرجع سـابق ص 199.

أما في غيرها من حالات الخطأ، التي لم ينص عليها، فإنها تخضع لرقابة الملاءمة لقيـاس مدى تناسب جسامة الخطأ مع جزاء الفسخ.

3 ـ يذكر الفقه أنه غالبا ما تنص دفاتر الشروط العامة للعقود الإدارية على وجـوب فسـخ العقد في حالة إفلاس المتعاقد ـ لاسيما المقاول في عقد الأشغال العامة ـ أو في حالة التصفية القضائية لذمته المالية.

ففي هذه الحالة يقع الفسخ بقوة القانون، ويمكن للمصفي القضائي أن يتمسك بالتزام الإدارة بالفسخ. أما "إذا لم ينص العقد على ذلك، فإن المبدأ الذي يسمح به القضاء الفرنسـي أن هـذه الظروف لا تؤدي بذاتها إلى فسخ العقد، وإنما تعطى للإدارة رخصة فقط فـي أن تقـرره، إذا قدرت أن تنفيذ العقد لم يعد ممكنا بوجه صحيح"[1].

---

(1) دي لوبادير(De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 121.

المطلب الثاني

خصائص الفسخ الجزائي وآثاره القانونية

الفرع الأول

خصائص الفسخ الجزائي

أولا: سلطة الإدارة بإجراء الفسخ الجزائي بنفسها

يتضح مما تم عرضه سلفا، أن الفسخ الجزائي في عقدي الأشغال العامة والتوريـد وفـي غيرهما من العقود الإدارية، وحد من الجزاءات التي تقررت للإدارة في مجـال تنفيـذ العقـد الإداري؛ بل وأهمها على الإطلاق. إذ إنه يجد تبريره في الفكرة الجوهرية الداعية إلى ضرورة إعطاء الإدارة القدرة على الانفكاك من المتعاقد معها، عندما يعجز عن تنفيذ العقد القائم بينهمـا بصورة مرضية. فضلا عن أن طبيعة العقد الإداري تقتضي ذلك، طالما وآثار هـذا الإخـلال ستؤثر لامحالة على دوام استمرار المرفق العام بانتظام واطراد.

ولئن كان مقررا للإدارة سلطة التنفيذ المباشر فـي مجـال العقـد الإداري[1]؛ فـإن لهـا امتياز المبادرة الذي يتيح لها كقاعدة عامة، فسخ العقد بنفسها بمقتضى قرار انفـرادي صـادر عنها، ومن دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لطلب تقرير ذلك.

وهكذا، فإن القاعدة العامة في عقدي الأشغال العامة والتوريد ـ وبقية العقود الإدارية ـ أن

---

(1) تبعا لما تقرر لها في استعمال امتياز التنفيذ المباشر في مجال القانون الإداري بصفة عامة. للاسـتزادة يراجع: ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 56 وما بعدها. يذكر أن (ثروت بدوي) يعد واحدا من أبرز المؤيدين في الفقه العربي لفكرة السلطة العامة، ليس في مجال العقد الإداري فحسب؛ بل وفي مجال القانون الإداري والعام بشكل عام.

الإدارة ليست في حاجة إلى اللجوء إلى القضاء من أجل توقيع جزاء الفسخ، على خلاف الوضع في عقود الالتزام؛ إذ إن جزاء إسقاط الالتزام لايمكن توقيعه لاسيما في فرنسا، إلا مـن قبـل قاضي العقد، ما لم تحتفظ الإدارة بمقتضى نص في العقد على حقها في توقيع الجزاء بنفسها.

غير أنه، يمكن للإدارة أن تتنازل عن حقها في فسخ العقد بنفسها، وأن تلجأ إلـى قاضـي العقد بطلب لفسخ العقد قضائيا.[1]

ومن الثابت والمستقر ـ كذلك ـ أن للإدارة الحق في أن تمارس سـلطتها فـي الفسـخ الجزائي، وإن لم ينص العقد أو دفتر الشروط صراحة على هذا الحق. مما يعني أنها تسـتطيع توقيع هذا الجزاء حتى في حالة سكوت العقد أو دفتر الشروط على النص عليه.

وحتى لا نجافي الحقيقة، فإن جانبا من الفقه ـ على خلاف الرأي الراجح ـ رأى في حالة سكوت العقد أو دفتر الشروط عن إعطاء الحق للإدارة بتوقيع الجزاء بنفسـها، أن تلجـأ إلـى القضاء بطلب الحكم لها بالفسخ، أسوة بالمتعاقد الآخر[2].

وإجمالا، يلاحظ أن جزاء فسخ العقود الإدارية ـ باستثناء عقد الالتزام في قضاء مجلـس الدولة الفرنسي ـ حق ثابت للإدارة توقعه بالإرادة المنفردة على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية، استنادا لسلطتها في التنفيذ المباشر من دون ضرورة طلبه من القضاء، ويكون ذلـك بمقتضى قرار صادرعنها، مستوف كامل الشروط والإجراءات القانونية، كأن يكون مسببا بذكر

---

(1) جيز(Jeze)، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 1032 ـ1117.

ـ وكذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي:

ـ C.E. 17 Mars 1934, Gouvernement général de l'Algérie, Rec. p. 377.

(2) من أولئك: جوس(Josse)، الأشغال العامة ونزع الملكية، مرجع سابق، ص 147.

المادة التي استندت إليها الإدارة في العقد أو دفتر الشروط. وأن يكون صريحا ومكتوبا، ومحددا فيه نوع الفسخ الذي تريد الإدارة توقيعه (مجردا) أم (فسخا على مسؤولية المتعاقد). فضلا عن أنه يجب أن يكون صادرا من السلطة المختصة قانونا، وهكذا.

وسلطة الفسخ الجزائي أقرها القضاء الإداري في أحكامه[1]، ويؤيدها الفقه الإداري في غالبيته[2]، وأخذ بها المشرع في الدول المقارنة.[3]

ثانيا: إعذار المتعاقد قبل توقيع الفسخ الجزائي

يستشف مما سبق، أن الإدارة وإن كانت تستطيع بنفسها توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد الذي لايلتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية في عقدي الأشغال العامة والتوريد، إلا أنها تكون ملزمة بتنفيذ الاشتراطات كافة، التي يتطلبها النظام القانوني العام للجزاءات في العقود الإدارية.

وعلى ذلك، يأتي الإعذار في مقدمة تلك الشروط والإجراءات، التي يجب أن تقوم بها الإدارة قبل توقيع هذا الجزاء. إذ إن إعطاء المتعاقد فترة زمنية معينة للقيام بتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه قبل فرض جزاء الفسخ، قاعدة عامة تتطلبها الإجراءات الشكلية لقرار الإدارة

---

(1) يراجع بالإضافة لما أوردناه في المطلب السابق: حكم مجلس الدولة الفرنسي - المهم - قضية (شركة جنوب الأطلنطي) الذي أشرنا إليها تفصيلا في الفصل الأول من الباب الأول. وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1994/04/26، الطعن رقم 4682، السنة 35 ق، الموسوعة الإدارية الحديثة الجزء التاسع والأربعين، ص 270.

(2) بالنظر إلى ما سبق، يراجع: فيدل(Vedel)، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 252. وكذا محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني، مرجع سابق، ص 1185. وقد أشار بقوله: "حق الفسخ كعقوبة ثابت للإدارة باتفاق الفقه والقضاء ... تباشره الإدارة بإرادتها المنفردة من دون حاجة للالتجاء إلى القضاء لإقراره، ومن دون حاجة لتقريره بنص في العقد".

(3) يرجى مراجعة النصوص التشريعية التي ذكرنا بعضها بالنص في المطلب السابق، بهدف الرجوع إليها كلما دعت الحاجة إلى ذلك.

بالفسخ الجزائي وفقا لما هو مستقر وثابت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

ويرى الفقه الفرنسي بهذا الخصوص، أن عدم مراعاة الإدارة لقاعدة الإعذار المسبق لقرار الفسخ الجزائي، من شأنه أن يعفي المتعاقد من النتائج الباهظة التي كان سيتحملها فيما لو التزمت الإدارة بهذا الإجراء.

بيد أن هذه القاعدة، لا تخلو من بعض الحالات التي تكون الإدارة في حل من هذا الالتزام وتعفى تبعا لذلك من ضرورة الإعذار. وتكمن أهم تلك الحالات من وجهة نظرنا، فيما يأتي:

1 ـ إذا ورد نص صريح في العقد أو دفتر الشروط، يعفي الإدارة من ضرورة الإعذار المسبق للمقاول أو المورد ...إلخ، قبل فرض جزاء الفسخ عليه.

والملاحظة الأكيدة لأي استقصاء سريع لقضاء مجلس الدولة الفرنسي بهذا الشأن، كثرة أحكامه التي أشار بها إلى حق الإدارة في الإعفاء من الإعذار في مثل هذه الحالة. نذكر في هذا الصدد ما جاء في "حكمه الصادر في 1961/11/03 في قضية (Garreau) بأنه: يتعين على الإدارة إن هي رأت توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد على المتعاقد معها، الذي يقصر في تنفيذ التزاماته، أن تقوم بإعذاره بضرورة تنفيذها، وذلك ما لم يتضمن العقد نصا صريحا بإعفائها من هذا الإعذار. ويقع عبء هذا الواجب على عاتق الإدارة خاصة في حالة إنهاء العقد، حيث يكون عليها أن تقوم بإعذار المتعاقد وتنبيهه إلى ضرورة القيام بتنفيذ التزامه طبقا للعقد أو على الأقل بمطالبته بتقديم ملاحظاته مع إعذاره، وذلك قبل إيقاع الفسخ من جانبها وأن الإنذارات الشفوية التي يوجبها المختصمون إلى المتعاقد لاتقوم مقام الإعذار بهذا الشأن"[1].

---

(1) نشر هذا الحكم في مجلة قضايا الحكومة المصرية، السنة 09، العدد 01، 1965، ص 103.

وغير بعيد عن هذا الحكم "اعتبرت محكمة (السين) في قرارها الصادر في 1953/02/26 في قضية (لوبورو) من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، الشرط الذي تحتفظ الإدارة بمقتضاه لنفسها بالحق في الفسخ من جانبها وحدها من دون إعذار"(1).

وفي هذه الحالة يجب أن يوضح هذا النص رغبة الأطراف في اعتبار ذلك استثناء من القاعدة.(2) ذلك أنه في حالة الشك يفسر النص لصالح الطرف الأضعف، وهو في هذه الحالة المتعاقد مع الإدارة.

2 ـ إذا أعلن المقاول أو المورد صراحة من تلقاء نفسه رفضه لتنفيذ التزاماته، في غير حالة القوة القاهرة التي لا يترتب عليها آثار أخرى غير التي يرتبها جزاء الفسخ.

3 ـ تعفى الإدارة في حالة إذا كان جزاء الفسخ تاليا لجزاء سحب العمل من المقاول في عقد الأشغال العامة، أو الشراء على حساب المورد في عقد التوريد، وكان قد سبقهما إعذار للمتعاقد. مع ملاحظة أنه يشترط أن تكون الأفعال التي بررت جزاء الفسخ، هي الأفعال عينها التي بررت جزاء السحب أو الشراء.

4 ـ إذا ارتكب المتعاقد أفعال الغش في أثناء تنفيذ التزاماته.

واللافت في هذا الصدد، أن النصوص التشريعية المنظمة لحالة عدم إلزام الإدارة بضرورة إعذار المتعاقد معها عند ثبوت أفعال غش وتدليس صادرة عنه، جاءت متوافقة فيما بينها تماما بالنسبة للدول المقارنة كافة، وهذا التوافق والتطابق يتناسب بدوره مع مسلك القضاء الإداري

---

(1) مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، مرجع سابق، ص 105.

(2) Fougerolle (Philippe), La déchéance de l'entrepreneur, thèse, Paris, 1933, p. 35.

لاسيما الفرنسي بهذا الخصوص. كما أن الفقه المقارن تقاربت رؤاه إلى حد كبير، بشكل لم نلحظه في أي موضوع آخر. ففي فرنسا "تنص دفاتر الشروط الإدارية العامة الصادرة سنة 1977م على أن الإدارة في هذه الحالة لا توجه للمتعاقد إعذارا مسبقا قبل توقيع جزاء فسخ العقد وأن الإجراء الوحيد الواجب اتخاذه في هذه الحالة، هو إخبار المتعاقد بالجزاء"(1).

وكذلك مما جاء في المادة (35) من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة في الجزائر، وذلك أنه: "في حالة اكتشاف أفعال غش أو مخالفات...يجوز للوزير أن يقصي المقاول لمدة محدودة أو نهائيا من عقود إدارته".

وكذلك ما نص عليه المشرع اليمني في المادة (24) من قانون المناقصات والمزايدات والمادة (115) من لائحته التنفيذية، حيث لم يتطلب الإعذار المسبق في مثل هذه الحالة.

والأمر عينه، وفقا لما نصت عليه المادة (24) من قانون المناقصات والمزايدات المصري التي أعطت للإدارة الحق في فسخ العقد تلقائيا بمجرد ثبوت أفعال الغش والتدليس.

والحقيقة أننا نتفهم رغبة المشرع المقارن بهذا الشأن؛ إذ إن أفعال الغش والتدليس الصادرة من المتعاقد تدل بما لا يدع مجالا للشك، على سوء نية المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وعلى كونه غيرمبال بما سيترتب عليه هذا الفعل بالنسبة لاستقرارالمرفق العام ودوام انتظامه، الذي أبرم العقد مع الإدارة خدمة له، وللجمهور الذي سيستفيد منه بطبيعة الحال.

واستكمالا للموضوع، فإن قاعدة الإعذار المسبق، غالبا ما تنص عليها دفاتر الشروط الإدارية العامة. وذلك كما هو بالنسبة لدفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود التوريد

---

(1) محمد صلاح عبد البديع، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري،رسالته للدكتوراه، مرجع سابق،ص340.

والخدمات في فرنسا.[1]

كما أن المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية النافذ في الجزائر، نص علـى هذه القاعدة بصورة واضحة وبما لا يدع مجالا للشك على أن رغبة المشرع قد اتجهت للأخـذ بهذه القاعدة، وذلك بقوله: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد. وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره فـي الأجـل الـذي حـدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ العقد من جانب واحد"[2].

وذلك على خلاف ما اتجهت إليه رغبة المشرع في قانون المناقصات والمزايدات المعمول به، سواء في اليمن أو في مصر، حيث لم ينصا على اشتراط هذه القاعدة ـ قاعـدة ضـرورة الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ ـ على الأقل بالصورة التي عبر عنها بوضوح المشرع الجزائري. أما بالنسبة إلى اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات اليمني أو المصري، فقد تراوحتا ما بين اشتراط الإعذار المسبق في بعض الحالات، وذلك مثلما عبر عنه المشرع المصري في نص المادة (84) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات، بقوله: "إذا اخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل بأحد التزاماته المقررة، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشـر يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين في العقـد بالقيـام بإجراء هذا الإصلاح، كان للسلطة المختصة ... فسخ العقد".

وبين عدم اشتراطها في حالات أخرى، كحالة فعل الغش من جانب المتعاقد مع الإدارة، كما

---

(1) مصدر سبق ذكره.

(2) المادة (99) من المرسوم، مصدر سبق ذكره.

بيناه بالتفصيل سلفا.[1]

ولعله من الملائم في هذا المقام، الإشارة إلى أن جانبا من الفقه المصري، قد لاحـظ عـدم اشتراط مجلس الدولة في مصر لقاعدة الإعذار المسبق قبل فرض جزاء فسخ العقد، وذلك كما هو مستقر لدى مجلس الدولة الفرنسي.[2]

أما بالنسبة إلى قاضي العقد في الجزائر فثمة أحكام قضائية أشارت إلى ضرورة الإعـذار المسبق للمتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ. ومن ذلك ما جاء عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليـا في القرار المؤرخ في 1990/07/28، في قضية (توهامي الطاهر) ضدا على ولايـة(عنابـة) الذي جاء في مضمونه بهذا الخصوص، أن الإدارة لم توجه إنذارا للمتعامل معها قبـل توقيـع جزاء الفسخ، لاسيما وأن المادة (06) وكذلك المادة (35) من العقد تقتضيان ضرورة الإعـذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ. كما أن نص المادة (102) من المرسوم 145/82 المؤرخ فـي 1982/04/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، يقضي صراحة بضرورة الإعذار المسـبق للمتعامل قبل توقيع هذا الجزاء.

وقد أشار بعضهم بصدد هذا الحكم القضائي، بقوله: "يمكن أن نعتبرهـا [قضـية توهـامي الطاهر] اجتهادا قضائيا مميزا في قضائنا الإداري"[3]. علما بأن المـادة (102) مـن مرسـوم

---

(1) يرجى مراجعة المواد القانونية واللائحية المشارلها سلفا، لاسيما عند دراسة الأفعال المبررة لجزاءالفسخ.

(2) ينظر: هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامـة"دراسـة مقارنـة" رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 277. وكذا محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 220،342.

(3) حميد بن علية، مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، مذكرته للماجستير، مرجع سابق، ص 47.

الصفقات العمومية التي أشار إليها الحكم، تبدو متطابقة مع نص المـادة (99) مـن مرسـوم الصفقات العمومية المعمول بها حاليا.

وخلاصة القول، إن إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ فـي عقـدي الأشـغال العامـة والتوريد قاعدة عامة لابد للإدارة أن تلتزم بها. والأسباب المبررة لذلك في نظرنا، نوضحها في النقاط الآتي ذكرها:

1 ـ إن قاعدة الإعذار المسبق، واحدة من القواعد الأساس التي يقوم عليها نظام الجـزاءات في العقد الإداري. ولا يخلو الأمر من بعض الاستثناءات التي ترد على هذه القاعدة، كما أشرنا إلى ذلك في سياق الموضوع.

2 ـ خطورة جزاء الفسخ وما يترتب عليه، مقارنة بأنواع الجزاءات الأخرى.

3 ـ يشكل الإعذار عنصرا مهما بالنسبة للمتعاقد. كما أنه في الواقع قد يفضي إعماله إلـى تلافي المتعاقد لأخطائه، ومن ثم تنفيذ التزاماته التعاقدية، وتتجنب الإدارة في مثل هذه الحالـة أي تعطيل قد يصيب المرفق العام جراء إبرام عقد جديد، لإتمام هذه الأشغال أو التوريدات.

4 ـ فضلا عما سبق، فإن الإعذار كمبدأ، تستلزمه قواعد القانون المدني المقارن.(1)

5 ـ ومع ذلك يجب على الإدارة أن تحرص على النص في العقد أو دفتر الشـروط، علـى الحالات التي يمكن أن تعفى بموجبها من قاعدة الإعذار المسبق للمتعاقد قبل توقيع هذا الجزاء.

ثالثا: الرقابة القضائية على الفسخ الجزائي

كغيره من الجزاءات، يخضع قرار الإدارة ـ على النحو الذي تطرقنا إليه فـي الخاصـية

---

(1) يمكن العودة بهذا الشأن إلى نصوص القانون المدني في الدول المقارنة، التي بيناها ودرسناها سلفا.

السابقة - بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها، لرقابة القضاء. فتلك مسألة بديهيـة فـي العمـوم ومحسومة في مجال مبادئ وأحكام وقواعد النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية.

غير أن السؤال الذي يثور في هذا الشأن هو: **هل يملك قاضي العقد، إلغـاء قـرار الإدارة بفرض جزاء الفسخ في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد في حالة كان القرار غير مشـروع أو ليس له ما يبرره، كما هي القاعدة العامة في عقود الالتزام؟ أم أن ليس للقاضي في هـذه الحالة سوى سلطة الإعفاء من النتائج الباهظة للفسخ، أو الحكم بالتعويض عن هذا القـرار؟ ثم إن الأحكام والقواعد المتعلقة بقرارالفسخ غيرالمشروع أوغير الملائم،التي تحكم اختصاص قاضي العقد في عقدي الأشغال العامة والتوريد، هي عينها بالنسبة للعقود الإدارية الأخرى؟**

الحقيقة أن الإجابة عن هذا التساؤل المركب، تتخللها في الواقع العديد مـن الافتراضـات فليست هي على نسق واحد. لذلك فإن القواعد المستخلصة بالنظر إلـى تنـوع الافتراضـات تفترض - فيما يبدو- أن نستعرضها، من خلال الفقرات الآتي بيانها:

1 - المبدأ العام في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، هو عدم قدرة قاضي العقد على إلغاء قرار الإدارة بفسخ أنواع العقد الإداري كافة مهما شابها من عيوب، إلا عقد التزام المرافق العامة.

وتبعا لذلك، يترتب على هذا المبدأ الافتراضات الآتية:

(أ) إذا كان قرار الإدارة بفسخ العقد سواء أكان ذلك في عقد الأشغال العامة أم فـي عقـد التوريد، غيرمشروع من حيث الشكل، ولكن له ما يبرره من حيث الموضوع؛ فإن ذلك لا يقيم المسؤولية التعاقدية للإدارة تجاه المتعاقد معها، ولكنه يعفي هذا المتعاقد من النتـائج الباهظـة المترتبة على فسخ العقد. مما يعني أن قاضي العقد في هذه الحالـة، يحكـم بإعفـاء المتعاقـد المفسوخ عقده من النتائج الباهظة التي كان سيتكبدها فيما لو لم يصدر حكمه بذلك.

(ب) أما إذا لم يقم قرار الفسخ على أسباب مبررة له، ففي هذه الحالة علاوة علـى إعفـاء المتعاقد من نتائجه الباهظة، فإن للقاضي أن يمنحه تعويضا كاملا، يشمل مالحقه مـن خسـارة مؤكدة، كذلك ما فاته من كسب، لاسيما إذا استطاع المتعاقد إثبات أنه كان بمقدوره تحقيق أرباح فيما لو استمر هو بتنفيذ العقد.

وقد أشار جيز(Jeze) بهذا الشأن إلى: "أن قاضي العقد في هذه الحالة، إنما يطبـق نظـام الفسخ المعترف به للإدارة، بمقتضى سلطتها العامة في الفسخ من دون خطأ.[1]

(ج) تقتصر مهام واختصاص قاضي العقد، متى ما كان قرار الفسخ صحيحا، على تأكيـد صحة قرار الإدارة بالجزاء فقط، مع أن ذلك لا يترتب عليه أي تغيير بالنسبة لآثار القرار. كما أنه بطبيعة الحال لا يتقرر فيه أي تعويض للمتعاقد عن فسخ عقده.

(د) وفقا لقضاء مجلس الدولة، فإن القاعدة المتعلقة بعدم قابلية إلغاء قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي في عقدي الأشغال العامة وعقد التوريد وإنما بإمكانية الحكم بإعفاء المتعاقد من النتائج الباهظة أو الحكم بالتعويض، تسري على العقود الإدارية الأخرى، ومنها نذكر:[2]

(د1) عقـود الخدمـات.

---

(1) المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 1139.

(2) ينظر على التوالي أحكام مجلس الدولة الفرنسي:

- C.E. 24 Novembre 1972, Sté Ateliers de nettoyage de Fontainebleau, Rec.p.753.
- C.E. 04 Mars 1981, Commune d'Azereix, Rec.p.820.
- C.E. 06 Novembre 1970, Sté anonume touristique, Rec.p.654.
- C.E. 07 Novembre 1980, Association "Comité des unites sociales de la région de Brest", Rec.p.788.

وهذا الحكم ـ الأخير ـ يتعلق باتفاق يربط بلدة مع إحدى الشركات، من أجل إدارة سكن ومطعم تابع للبلدة.

(د2) العقود المتعلقة بإيجار وشغل الدومين الخاص بالدولة.

(د3) عقود أملاك الدولة التابعة للدومين الخاص للدولة.

(د4) العقود المتعلقة بإدارة سكن البلديات.

(هـ) يستثني مجلس الدولة عقد الالتزام؛ فيعترف لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي، في حالة عدم مشروعيتها، أو عدم مايبررها بناء على طلب المتعاقد المفسوخ عقده من خلال دعوى العقد (دعوى القضاء الكامل) وذلك كما جاء شرحه في المبحث السابق.

2 ـ لا يتم العمل بالمبدأ العام ـ المذكور أعلاه ـ الذي يأخذ بـه قضـاء مجلـس الدولـة الفرنسي على إطلاقه في الدول المقارنة الأخرى، حيث لا يتم التفرقة بين العقود الإدارية، فيما يتعلق بقدرة قاضي العقد على إلغاء قرارات الإدارة غير المشروعة، أو غير الملاءمة. فيحق له إلغاؤها، جنبا إلى جنب اختصاصه بالحكم بالإعفاء من النتائج الباهظة أو الحكم بالتعويض، كل بحسب حالته.[1]

---

(1) من تطبيقات القضاء بشأن إلغاء قرارات الإدارة بالفسخ غير المشروع: حكم محكمـة القضـاء الإداري المصرية، الصادر في 1967/05/21، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة في ثـلاث سـنوات 1966 ـ 1969، مجموعة المكتب الفني بمجلس الدولة، ص 152؛ حيث قضت المحكمة بإلغاء قرار صادر من إدارة منطقة (بورسعيد) الطبية، بفسخ عقد توريد ألبان، وما يترتب عليه من مصادرة تأمين، وشطب اسم المدعي من سجل المتعهدين.

ـ بصدد الحكم بالتعويض نتيجة لتعسف الإدارة باستخدام سلطة الفسخ الجزائي: ما قضت به المحكمة العليـا الجزائرية، في الحكم الصادر في 1965/04/02، في قضـية الآنسـة (روكـان) (C.S. 02 Avril 1965 Demoiselle Requin)، وكذلك الحكم الصادر عن مجلس قضاء (الجزائر) الصادر في 1967/11/8 فـي قضية (خليف) (Cour d'Alger, 08 Novembre,1967, Khelif)؛ أورد ذلك:ناصر لباد، القانون الإداري Le droit administratif، الجزء الثاني، النشاط الإداري، مرجع سابق، ص 442. وبصفة عامـة يمكـن في صدد اختصاص قاضي العقد بالنسبة إلى العقود الإدارية في الجزائر وبضمنها ما يتعلق بسلطة القاضي

بقي أن نشير إلى ما دأب جانب من الفقه للتذكير به، وهو أن القرار الصادر بفسـخ العقـد هو إجراء تعاقدي لا يخضع للأحكام العامة المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية قضـائيا، وإنمـا يكون محلا للطعن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل[1]، وقد جاء في أحكـام القضـاء الإداري على ما يشير إلى ذلك.[2]

رأينا:

انسجاما واتساقا مع الاتجاه الذي أخذنا به منذ البداية، فإننا نميل إلى الـرأي الـداعي إلـى ضرورة التسليم لقاضي العقد بسلطة إلغاء قرارات الإدارة بالفسخ الجزائي في عقدي الأشـغال العامة والتوريد وكذلك في بقية العقود الإدارية، وذلك في حالة عدم مشروعية هذه القرارات أو عدم وجود ما يبررها. وذلك أسوة بما جرى عليه مسلك القضاء الإداري الفرنسي بصدد عقـد الالتزام. وأهم الاعتبارات التي يمكن أن نسوقها، ونعتقد أنها تدعم موقفنا الشخصي فـي هـذا الموضوع، تكمن فيما يأتي:

1 ـ مما لا شك فيه، أن تقرير سلطة القاضي على هذا النحو، من شأنه أن يشـكل ضـمانة

= بالنظر إلى قرارات الإدارة غير المشروعة أو غير الملاءمة؛ مراجعة: حميد بن علية، مفهـوم ومحتـوى العقد الإداري في القضاء الإدارية الجزائري، مذكرته للماجستير، مرجع سابق، ص47،89. وكـذلك فيمـا يتعلق بدور القاضي والتسويات القضائية وفقا لمرسوم الصفقات العمومية الجزائـري النافذ؛مراجعـة: لـوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم 02 ـ 250 المتضـمن تنظـيم الصفقات العمومية، مذكرتها للماجستير، مرجع سابق، ص 74 ـ 75.

(1) يراجع على سبيل المثال: محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري "المقومات والإجراءات والآثار"، مرجع سابق، ص 353. وكذا عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسـس العامـة للعقـود الإداريـة، مرجـع سـابق ص 290 ـ 291.

(2) ومنها: الحكم ـ الحديث ـ للمحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 2001/08/07، الطعن رقـم 679 السنة 46 ق، مجلة المحاماة، العدد 01، 2002، ص 530.

مهمة للمتعاقدين مع الإدارة، وفي حماية مصالحهم وحقوقهم من تعسف الإدارة.

2 ـ إن أهم الاعتبارات التي ساقها مجلس الدولة الفرنسي بصدد التفرقة بين عقد الالتزام من جهة، وبين بقية العقود الإدارية من جهة ثانية، وذلك فيما يتعلق بعدم مقدرة قاضي العقد علـى إلغاء العقود الإدارية فيما عدا عقد الالتزام؛ تتمثل في ضخامة رؤوس الأموال التي تتمتع بهـا عقود الالتزام بشكل عام، وهذا صحيح. إلا أنه في الواقع ثمة من العقود ـ لاسيما بعض عقود الأشغال العامة وعقود التوريد الصناعية ـ ما تتصف هي الأخرى بهذه الميزة. وتبعا لذلك من المنطقي أن يسري عليها في هذه الحالة ما يطبق في عقود الالتزام.(1)

3 ـ في الدول المقارنة الأخرى لا يتبع مسلك القضاء الفرنسي على إطلاقه، كما أنه محـط نقد من غالبية الفقه لاسيما في مصر. وليس ذلك فحسب؛ بل هو ما يدعو إليـه حاليـا الفقـه الفرنسي الحديث وينادي به من أجل بسط ومد سلطة الإلغاء إلى جميع قرارات الجـزاء التـي تتخذها الإدارة في مواجهة متعاقديها في جميع العقود الإدارية، وليس عقود الالتزام فقط.(2)

---

(1) أشارت بعض الدراسات والبحوث إلى هذه المسألة، ومنها: عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمـومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري، مذكرته للماجستير، مرجع سابق؛ الذي أكد أن عقد الأشغال العامة من العقود الأكثر أهمية من حيث الاعتمادات المالية الكبيرة التي ترصد لها.

(2) قريب من هذا المعنى: محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقـد الإداري "دراسـة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 375؛ كما أنه يضـيف بهـذا الشـأن "فممـا يثيـر الدهشـة والاستغراب ألا يعترف في مجال القضاء الكامل بسلطة الإلغاء، في حين أن قاضي الإلغاء في مجال قضـاء الإلغاء يعترف له بهذه السلطة، على الرغم من أن المتفق عليه أن القاضي في مجال القضاء الكامـل يمـلك سلطات أوسع من السلطات التي يملكها القاضي في قضاء الإلغاء. كما أنه مما يثيـر الدهشـة أن يعتـرف في فرنسا الآن للغير الأجنبي عن العقد بالحق في الحصول على إلغاء قرار الإدارة بالفسخ الجزائـي للعقـد الإداري من قاضي الإلغاء، ولا يعترف من باب أولى للمتعاقد نفسه المفسوخ عقده وصاحب المصلحة بالحق في الحصول على مثل هذا الإلغاء من قاضي العقد".

الفرع الثاني

الآثار القانونية للفسخ الجزائي

قدمنا، أن لجزاء الفسخ في عقدي الأشغال العامة والتوريد نوعين؛ أحدهما يعرف بالفسخ الجزائي المجرد، والآخر بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد.

والحقيقة أنه يترتب على جزاء الفسخ، منح الإدارة امتيازين بالغي الأهمية، فمن ناحية مجازاة المتعاقد مباشرة ومن جانب واحد، ومن ناحية أخرى إنهاء تنفيذ العقد ومن جانب واحد بصفة قطعية. وهكذا، يتبدى الأثر المهم لجزاء الفسخ بشكل عام، في أنه يؤدي إلى قطع العلاقة التعاقدية القائمة مع المتعاقد الذي اخل بتنفيذ التزاماته القانونية .

والواقع أنه ينتج عن قيام الإدارة بتقرير الفسخ الجزائي في عقد الأشغال العامة أو في عقد التوريد، بنوعيه (المجرد البسيط وعلى مسؤولية المتعاقد) عدة آثار قانونية. وتختلف تلك الآثار بطبيعة الحال باختلاف نوعي الفسخ؛ لا بل وباختلاف عقد الأشغال العامة عن عقد التوريد فيما يخص أحكام النوع الثاني. ومع ذلك يلاحظ أن ثمة من الآثار ما هو عام ومشترك بين نوعي الفسخ.

وعلى أية حال، نرى أن الأمر يستقيم باستخلاص الآثار العامة المشتركة لنوعي الفسخ الجزائي أولا، ثم الآثار الخاصة بهما كل على حدة ثانيا، وذلك على التوالي فيما هو آت:

أولا: الآثار العامة والمشتركة بين نوعي الفسخ

1 ـ إنهاء العلاقة التعاقدية بين طرفي العقد بالنسبة للمستقبل. ذلك أن جزاء الفسخ تنتج آثاره ابتداء من التاريخ المحدد في قرار الإدارة بالفسخ، أو من تاريخ إعلان هذا القرار إلى المتعاقد

في حالة خلو القرار من تاريخ معين لنفاذه. وهو الأمر الذي نصت عليه على سـبيل المثـال المادة (29) من دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بعقود التوريد الجارية في فرنسا.[1]

2 ـ يشمل الفسخ الجزائي سواء المجرد البسيط أو الفسخ على مسؤولية المتعاقد، العقد كله. فلا يوجد فسخ جزئي، إذ "لا يجوز للإدارة أن تخل بالتوازن المالي للعقد بأن تفسخ ـ حتى في حالة خطأ المتعاقد ـ الجزء المربح وتبقي على الجزء الخاسر"[2].

3 ـ ينتج عن كلا النوعين استبعاد المتعاقد نهائيا، وذلك بأن يخلي المقاول أماكن العمل فـي عقد الأشغال العامة وإلا تحققت مسؤوليته، كما أن من حق الإدارة أن تـرفض اسـتلام أيـة توريدات تالية لقرار الفسخ[3].

4 ـ للإدارة الحق في أن تجمع بين جزاء الفسخ والجزاءات المالية المختلفة وفقا للحالة.

ثانيا: الآثار الخاصة بالفسخ المجرد البسيط

من الطبيعي، أن لقرار الإدارة بفسخ العقد فسخا مجردا وبسيطا، عدة آثار مهمة فـي هـذا الصدد. غير أن الملاحظ أن الإدارة في هذا المقام تبدو أقل صرامة تجاه الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها المتعاقد سواء أكان ذلك في عقد الأشغال العامة أم في عقد التوريد ـ وفي بقية العقـود الأخرى ـ مما هي عليه في النوع الثاني من الفسخ.

وجدير بالإشارة، أن هذا النوع من الفسخ قد أخذت به الدول المقارنة ومن دون أي استثناء

---

(1) مصدر سبق ذكره.

(2) بونار(Bonnard)، موجز القانون الإداري، مرجع سابق، ص 630.

(3) من أحكام مجلس الدولة الفرنسي بصدد إقراره حق الإدارة برفض استلام التوريدات بعد الفسخ:

ـ C.E. 14 Mai 1926, Bathiat, Rec. p. 497.

ورتب عليه المشرع العديد من الآثار القانونية، التي جاءت منسجمة مع المبادئ الأساس للفسخ الجزائي في العقود الإدارية، التي أقرها القضاء الإداري ونادى بها الفقه.

وعطفا على ما تقدم، نضع تحت نظر القارئ أهم وأبرز تلك الآثار، وذلك على النحوالآتي:

1 ـ يترتب على الفسخ الجزائي المجرد البسيط انقضاء عقد الأشغال العامة وعقـد التوريـد وذلك بلا قيد أو شرط.

وفي ذلك، يشير فوجيرول(Fougerolle) بقوله: "يبدو أن هذا النوع ملائمـا للمتعاقـد، إذ يعفيه من النتائج الباهظة لإخلاله بالتزاماته. ويستعمل أصلا في تلك الحالات التي يكون فيهـا حق الإدارة مشكوكا فيه، على أساس أن أخطاء المتعاقد ليست جسيمة جدا، أو كان لـدى هـذا الأخير حجج قوية يمكن أن يقبلها القضاء لتبرير موقفه"[1].

2 ـ يحق للإدارة عند توقيع الفسخ الجزائي المجردالبسيط أن تفرض على المتعاقد الجزاءات المالية إذا توافرت أسبابها القانونية. فبالنسبة لغرامة التأخير،فإنها تفرض على المتعاقد المفسوخ عقده عن الفترة السابقة على صدور جزاء الفسخ، لاختلاف الغرض في كلا الجزاءين[2].

---

(1) فسخ المقاولة، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 78.

(2) نص المشرع المقارن على حق الإدارة في أثناء توقيع جزاء الفسخ، بتحصيل غرامة التأخير إذا كانـت مستحقة لها. ينظر على سبيل المثال: المادة (26) من قانون المناقصات المصري، والمـواد(94،84) مـن لائحته التنفيذية. وكذلك المادة (115) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات اليمني.

ـ من تطبيقات ذلك على سبيل المثال، أن قامت وزارة المياه والبيئة في الجمهورية اليمنية بفسخ عقود توريد مع بعض الشركات المتعاقدة معها بشأن توريد أنابيب ومعدات ...إلخ، نظرا لعدم التـزام هـذه الشـركات بالالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقود ودفاتر الشروط، وقامت في أثناء ذلك بفـرض غرامـات تأخير فضلا عن مصادرة التأمين خلال العام 2003. وذلك تطبيقا لنصوص العقد، ومواد قانون المناقصـات ولائحته التنفيذية؛ صحيفة (الدستور) الصادرة يوم الأثنين الموافق 2007/11/05، العدد 113، ص 07.

ولاحظ دي لوبادير (De laubadère) أن للإدارة ـ كذلك ـ حق فرض الغرامة التهديدية لاسيما لإجبار المقاول في عقد الأشغال العامة على إخلاء أماكن العمل.[1]

وكذلك يمكنها الحصول على التعويض للضرر الذي يصيبها قبل صدور قرار الفسخ، سواء كان هذا الضرر ناتجا عن وقف تنفيذ الأشغال في عقد الأشغال العامة، أو عن عدم توريد الأصناف في عقد التوريد، أو كان هذا الضرر ناتجا عن الفسخ عينه[2].

وكقاعدة عامة، يجوز للإدارة في التشريع المقارن أن تجمع بين الفسخ المجرد البسيط ومصادرة التأمين وليس ذلك فحسب؛ وإنما مع استحقاق التعويض أيضا[3] غير أنه في هذه الحالة يشترط أن يتوفر شرطان أساس:[4]

(أ) عدم وجود نص في العقد يحظر هذا الجمع.

(ب) أن يكون الضرر مجاوزا لقيمة التأمين المصادر.

والقول يستتبع الإشارة إلى مسألة مهمة، وتتمثل في أن الإدارة تستطيع أن تسبق جزاء الفسخ بجزاءات الضغط والإكراه المؤقتة. وبعبارة أخرى تستطيع الإدارة أن توقع على المتعاقد

---

(1) العقود الإدارية، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 167 ـ 174.

(2) لمزيد من التفاصيل، يراجع على سبيل المثال: دي لوبادير(De laubadère)، المرجع عينه، ص 173.

ـ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1964/02/22، مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات، الجزء الثاني؛ لأحمد سمير أبوشادي، مرجع سابق، ص 1413.

(3) أشار المشرع المقارن إلى ذلك، وتحديدا في المادة (24) من قانون المناقصات والمزايدات اليمني، وكذا في المادة (99) من المرسوم الرئاسي للصفقات العمومية الجزائري، وكذلك في المادة (84) المتعلقة بعقود الأشغال العامة، والمادة (94) المتعلقة بعقود التوريد؛ وذلك من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري.

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 1966/12/10، المجموعة، السنة 12، بند رقم 36 ص 355؛ وحكمها الصادر في 1965/11/27، المجموعة، السنة 11، بند رقم 07، ص 51.

جزاءات أخرى خلاف الفسخ، سواء سبقت تلك الجزاءات جزاء الفسخ كالجزاءات الضـاغطة المؤقتة، أو كانت صادرة معه في الوقت عينه كالجزاءات المالية. وفي ذلـك تقـول المحكمـة الإدارية العليا في مصر: "إن سبق توقيع جزاءات أخرى ضد المتعاقد لا يحول من دون الفسخ الجزائي ولو كانت مترتبة على تنفيذ العقد على حسابه وتحميله فـروق الـثمن والمصـاريف الإدارية والغرامات وما إليها..."[1].

3 ـ تتسلم الإدارة الأشغال التي قام المقاول بتنفيذها عن الفترة السابقة للفسخ، وتبـدأ الإدارة في تسوية الحساب النهائي لعقد الأشغال العامة[2]. وفي كل الأحوال يقوم المقاول بإخلاء أماكن الأشغال.[3] كذلك يتم تصفية العقد وإقامة كشف حساب للفسخ في عقد التوريد.

وجهد ما يقال، إن جزاء الفسخ المجرد البسيط، باعتباره النوع الأساس من الفسخ الجزائـي مقرر للإدارة في نظرية الجزاءات للعقود الإدارية، ونظمه المشرع في الدول المقارنة كافة، من دون أي استثناء.

ثالثا: الآثار الخاصة بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد

يترتب على هذا النوع من الفسخ الآثار كافة، التي تترتب على الفسخ المجرد. إلا أنه فـي الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، يضع على عاتق المتعاقد المفسوخ عقده تحمل النفقـات

---

(1) حكمها الصادر في 1971/01/09، المجموعة، السنة 16، بند رقم 03، ص 130.

(2) جيز(Jeze)، العقود الإدارية، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 313 ـ 314.

(3) أشار المشرع المقارن إلى ذلك في المادة (115) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصـات والمزايـدات اليمني، والمادة (84) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، وكذلك المادة (43) مـن دفاتر الشروط الإدارية العامة الجزائرية المطبقة على صفقات الأشغال العامة، مصادر سبق ذكرها.

الناجمة عن إبرام عقد جديد مع غيره.[1]

وبالنظر إلى خطورة ما يترتب عليه هذا النوع من الفسخ الجزائي، فإن مجلس الدولة والفقه في فرنسا يشترطان ضرورة أن ينص عليه في العقد أو دفتر الشروط، لاسيما في عقد الأشغال العامة.[2]

وإزاء هذا الفارق مع النوع الأول من الفسخ الجزائي، فإن الآثار التي تترتب على الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، مختلفة بطبيعة الحال، وتكمن أهم آثاره فيما يأتي:

1 ـ إبرام عقد جديد مع متعاقد آخر لانجاز الالتزامات التي تخلف عنها المتعاقد الأصلي.

2 ـ يتحمل المتعاقد الأصلي النفقات كافة، التي تفترضها واقعة التعاقد الجديد. بما في ذلك الثمن الناتج عن العقد الجديد، مشمولا بأية زيادات ناتجة عن ارتفاع الثمن الناشئ عن إطالة مدة تنفيذ الأشغال، مع ملاحظة أنه يمكن خصم تلك الزيادات ـ وغيرها ـ من المبالغ المستحقة له، من دون المساس بالرجوع عليه في حالة عدم كفايتها.[3]

---

(1) إسماعيل عبد الحميد، طبيعة شرط مصادرة التأمين في العقد الإداري، مقاله، مرجع سابق، ص 117.

(2) ينظر: فلام(Flamme)، مطوله في عقد الأشغال العامة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 711.

ـ يرى جانب آخر من الفقه الفرنسي أن الإدارة في عقد الأشغال العامة تستطيع من تلقاء نفسها أن توقع هذا الجزاء. بينما يرى جانب آخر ضرورة النص في عقد التوريد أو دفتر الشروط. ومع ذلك يظل الرأي الغالب في الفقه المؤيد قضائيا، أنه يشترط بالضرورة في عقد الأشغال العامة، بينما في عقد التوريد اختلفت الآراء. لمعرفة التفاصيل، يرجى مراجعة: محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 357 ـ 363؛ حيث استعرض كل تلك الآراء التي قيلت محيط في الفقه والمدعمة بالأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي. غير أن النتيجة النهائية التي خرج بها في مجملها لا تختلف عما سبق لنا توضيحه.

(3) مونتميرل(Montmerle)، إبرام وتنفيذ عقود الأشغال العامة، مرجع سابق، ص 213 وما بعدها.

3 ـ للإدارة الحق بالاحتفاظ بفارق المصروفات إذا تمت عملية التعاقد الجديد بأقل مما هـو عليه في العقد الأصلي.

4 ـ يجوز للإدارة أن تجمع بين الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد وبين توقيع غرامـة التأخير على هذا المتعاقد.(1)

ويذكر في هذا المقام، أن الفقه الفرنسي قد أشار إلى جملة من الضمانات التـي يسـتحقها المتعاقد، لاسيما المقاول المفسوخ عقده في عقد الأشغال العامة، إزاء الأثر المهم الذي يرتبه هذا النوع من الجزاء، مقارنة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط، وتتركز تلك الضمانات فيما يأتي:(2)

1 ـ يجب أن يتم العقد الجديد في إطار العقد الأصلي، وعلى أساس دفتـر الشـروط عينـه الذي أبرم هذا العقد بمقتضاه.

2 ـ تلتزم الإدارة في أثناء إبرام العقد الجديد، أن تتم العملية بأقل الأسعار الممكنة، فلا يجوز تحميل المقاول المفسوخ عقده أسعار مبالغ فيها.

3 ـ من حق المقاول المفسوخ عقده، مراقبة عملية التعاقد الجديدة.

ونود أن نشير في هذا السياق، إلى أنه يجب عدم الخلط بين الآثار الناجمـة علـى الفسـخ الجزائي على مسؤولية المورد المفسوخ عقده، وبين التنفيذ المؤقت كإجراء ضاغط فـي عقـد

---

(1) من أحكام مجلس الدولة الفرنسي بهذا الخصوص، حكمه:

ـ C.E. 12 Février 1931, Charbonnie, Rec. p. 163.

وقد قضى المجلس فيه، بأن فسخ عقد الأشغال العامة على مسؤولية المقاول لا يحول من دون توقيع غرامـة التأخير على هذا المقاول.

(2) لمعرفة المزيد، يراجع تمثيلا لا حصرا: عبد المجيد محمـد فيـاض، نظريـة الجـزاءات فـي العقـد الإداري"دراسة مقارنة"، رسالته للدكتوراه، مرجع سابق، ص 292 ـ 293.

التوريد. فكل منهما يختلف عن الآخر، وتحديدا في النواحي الآتية:[1]

1 ـ في الجزاء الضاغط تبقى العلاقة قائمة بين الإدارة والمورد، بخلاف الإجـراء الفاسـخ حيث ينتهي العقد.

2 ـ في الإجراء الضاغط يشتمل الجزاء على الالتزام الذي لم يـؤده المـورد، بينمـا فـي الإجراء الفاسخ يشمل العقد مجمله.[2]

ونوجز من جماع ما سبق، أن هذا النوع من الفسخ، يأخذ به مجلس الدولة الفرنسي ويؤيده جانب من الفقه الفرنسي، مع ملاحظة أنهما (القضاء والفقه) يشترطان أن يكون منصوص عليه في العقد أو دفتر الشروط، حيث إن الفسخ لخطأ المتعاقد بصفة عامة من النظام العـام، حيـث لا يشترط النص عليه كي تمارسه الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، أما هذا النـوع مـن الفسخ (الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد) فليس كذلك.

أما فيما يتعلق بقضاء مجلس الدولة المصري، فيبدو واضحا عدم أخذه بالفسخ على مسؤولية المتعاقد. وكذلك الأمر بالنسبة لرؤية الفقه بهذا الخصوص، فهي وإن كانت على خلاف، إلا أن الغالب هو عدم تأييد مسلك القضاء الإداري الفرنسي في مصر بهذا الشأن.

وطالما الأمر لايستقيم إلا بالتطرق إلى مسلك المشرع، فقد أشرنا في السابق إلى ما لاحظناه بهذا الصدد، وعليه فإن الخلاصة النهائية هي عدم أخذ المشرع المصري هو الآخر بهذا النوع

---

(1) يرجى مراجعة ما سبق أن ذكرناه، في أثناء دراسة سلطة الإدارة في توقيع جزاء الشراء علـى حسـاب وتحت مسؤولية المورد في عقود التوريد (الجزاءات الضاغطة المؤقتة).

(2) يراجع: دي لوبادير(De laubadère)، العقود الإدارية، مرجع سابق،الجزء الثاني، ص 174وما بعدها. حيث يستعرض أحكام وقواعد الإجراءين،وفي علاقتهما ببعض،واختلاف كل منهما عن الآخر في هذا الشأن.

من الفسخ.[1]

ومن جهته خلا مرسوم الصفقات العمومية الجزائري، من أية إشارة تدل على أخذ المشرع بهذا النوع من الفسخ. مع ملاحظة أن دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقـة علـى صـفقات الأشغال العمومية، يبدو أنها تضمنت الإشارة إلى ذلك. وإذا ما نظرنا إلى ما اشترطه المشـرع الجزائري في مرسوم الصفقات النافذ، وتحديدا من أن دفاتر الشروط الإدارية العامة يجـب أن تتضمن الأحكام والقواعد كافة، التي تنظم عملية التعاقد بما في ذلك الجزاءات التـي تسـتطيع الإدارة توقيعها، وكانت دفاتر الشروط آنفة الذكر قد أشارت إلى ذلك فإنه ليس ثمة ما يمنع من الإقرار بأن العمل جاري بالأخذ بهذا النوع من الفسخ في الجزائر.

أما المشرع اليمني وإن كان لم يشر إلى الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد في نصوص قانون المناقصات والمزايدات، إلا أنه أشار في لائحته التنفيذية على ما يدل على أخـذه بهـذا النوع من الفسخ، وإن كان ذلك بصورة مقتضبة، وتخلو من الأحكام التفصيلية المطلوبة في مثل هكذا إجراء، يعد بإجماع الفقه أقوى الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة على المتعاقد معها.

رأينا:

الحقيقة أنه إزاء الاختلاف الذي ظهر بين الدول المقارنة، فيما يتعلق برؤية المشرع، فضلا عن مسلك القضاء ورؤية الفقه، فإنه يبدو وجيها الرأي القائل بعدم منطقية فكرة أن يجمع فـي الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد بين إنهاء الرابطة التعاقدية وبين استمرارها في آن واحد.

---

(1) يشير الدكتور (إبراهيم محمد علي) إلى هذا الشأن، بقوله: "يذهب غالبية الفقه المصري إلى أن المشـرع المصري لم يأخذ بنظام الفسخ على مسؤولية المتعاقد"؛ مؤلفه (آثار العقود الإدارية)، مرجع سابق، ص 131.

وبعبارة أخرى، كيف يستساغ أن نقول بأنه يترتب على الفسخ إعدام العقد بحيث تصبح العلاقة التعاقدية بعده وكأنها لم تكن. ثم نقول باستمرار العقد في نفس الوقت منتجا لآثار معينة وذلك كما تدل عليه عبارة (الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد).

نعتقد أن مثل هذا الأمر لا يطيقه المنطق القانوني السليم إذا أخذناه على إطلاقه، ومن ثم لا يمكن التسليم به؛ لأن التنفيذ أو إكمال الأعمال على نفقة ومسؤولية المتعاقد الذي يقصر عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، لا يمكن أن يحصل إلا مع قيام الرابطة التعاقدية.

ومع ذلك، ولئن كانت بعض حالات الفسخ، لاسيما حالة أفعال الغش والاحتيال التي يمارسها المتعاقد مع الإدارة، قد أثارت أمامنا تساؤلا جد مهم في الواقع، وقد انحصر تحديدا في هوية الجهة التي سيقع عليها مسؤولية تلافي عواقب فسخ العقد الذي تسبب بها المتعاقد في حالة إن تم الاكتفاء بتوقيع إجراءات الفسخ المجرد البسيط عليه. ثم إنه وبصرف النظر عما يمكن أن يلحق بالمتعاقد من إجراءات التقاضي الأخرى، فما من شك أن المرفق العام سيواجه صعوبة فيما إذا تم انتظار نتائج تلك الإجراءات.

وعطفا عليه، نرى من العدالة - أيضا - أن يتحمل هذا المتعاقد الآثار كافة، التي أنتجتها أفعاله، بما في ذلك إبرام عقد جديد على مسؤوليته، لا أن تحصر الإدارة بالفسخ الجزائي المجرد البسيط، وتترك هي لتتحمل تبعات تنفيذ الالتزامات التي لم ينفذها هذا المتعاقد.

وغني عن البيان في هذه الحالة، التذكير بضرورة أن تحرص الإدارة على النص صراحة وبما لا يدع مجالا للشك، على حقها بالفسخ الجزائي على حساب وتحت مسؤولية المتعاقد في العقد أو دفتر الشروط، وهو الشرط الأساس الذي وضعه مجلس الدولة الفرنسي، وأيده الفقه الفرنسي في غالبيته.

الخاتمة

بات من المسلم أن يدرك القارئ الكريم، أن الهدف الأساس الذي سعينا في إثباته من خلال رسالتنا الموسومة بـ **سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري**، هو تأكيد حق الإدارة العامة وقدرتها في اتخاذ مختلف أنواع الجزاءات الإدارية ضدا على شريكها في العلاقة التعاقدية الذي يتخلف عن تنفيذ الأعمال وتقديم الخدمات للمرفق العام المقررة عليه، في ظل زعم بعض الآراء والأفكار التي تنكر أو تقلل على الإدارة استعمال هذا الحق بحجة انحدار أهمية الامتياز السلطوي في العقد الإداري، تبعا لتضاؤل حالات اللجوء للعقد الإداري عينه بسبب تراجع مفهوم المرفق العام ودور الدولة المعاصرة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي، ارتباطا بمستجدات سياسة الانفتاح الاقتصادي والخصخصة والعولمة التي أخذت تغزو المجتمع الإنساني. فندحض بالدراسة العلمية المعمقة كل تلك الآراء، التي تسعى في التقليل من أهمية مجال إعمال سلطة الجزاء ونحجمها في إطارها الطبيعي، من حيث إنها مجرد وجهة نظر تحتمل الخطأ إلى حد كبير، ذلك أن متغيرات العصر من شأنها الدفع بدور القطاع الخاص للمشاركة في عملية البناء جنبا إلى جنب الدولة وتحت رعايتها، وليس الإحلال النهائي مكانها. فالدولة ودورها باقيان لا محالة، ولنا في دعوة (الكينزية) في عشرينات القرن الماضي خير مثال على مطالبة المجتمع المستمرة في تدخل الدولة بشكل أو بآخر في رعاية المجتمع والعقد الإداري باق ببقائها، طالما وهو أحد وسائلها الناجعة في تسيير مرافقها العامة المختلفة. ثم إن موضوع الدراسة هو دعوة للمحافظة على دور الدولة الأساس في رعاية المجتمع وليس ـ بالطبع ـ تدخلها في كل شيء، ومن ثم فإن سلطة الإدارة الجزائية في تنفيذ العقد الإداري إحدى الامتيازات الضرورية التي تحتاج إليها الإدارة في أثناء حفاظها ورعايتها

لمرافقها العامة، وهي بذلك إحدى أوجه الحفاظ على دور الدولة في الرعاية التنموية وقيادة المجتمع في ظل مساهمة الأفراد والشركات والقطاع الخاص كافة الآخذة في الاتساع.

وكان ذلك، من خلال الباب الأول الذي خصصناه لدراسة الأسس والمبادئ العامة لسلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، التي تختص وتنفرد بها عن بقية النظم القانونية. والباب الثاني، الذي أفردنا صفحاته لدراسة وتحليل القواعد الخاصة بأنواع الجزاءات التي توقعها الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري، مستندين في ذلك إلى مصادر القانون الإداري من تشريع وقضاء وفقه، وإلى مصادر القانون المدني عندما اقتضاها سياق البحث، متوخين الحذر الشديد في سكب المعلومات وبنائها، إذ ما برح قلمنا يرسم الفكرة ويخطها إلا بعد أن تنضج وتختمر،وقد ساعدنا على ذلك إجماع غالبية الفقه في بعض الحالات، وتنوعه في حالات أخرى.

وعلى أية حال، نرى من الأفضل ألا نجعل من خاتمة هذا البحث، مناسبة لإيجاز الأفكار والأحكام التي عرضناها فيه، إذ إن في ذلك تكرارا لا نستسيغه، وترديدا لسنا والقارئ الكريم في حاجة إليه، غير أننا نحيله إليها لاستيضاح بعض مما سيجيء في هذه الخلاصة.

ونؤثر على ذلك، أن تكون الخاتمة إشارة مركزة إلى أهم ما توصلت إليه هذه الدراسة والتوصيات التي نعتقد بأهميتها وجدواها من الناحية النظرية والعملية؛ إذ إن ثمة استخلاصات ومقترحات عديدة ـ أخرى ـ قد وردت في محتواها، وذلك في النقاط الآتي ذكرها:

1 ـ إن دراستنا لسلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، قد أفضت إلى العديد من النتائج والاستخلاصات العامة، وأهمها في هذا المقام، ما يأتي:

(أ) شكل اعتناق الدولة لأسلوب التعاقد المدني، مقدمة مهمة لولادة فكرة العقد الإداري على أيدي مجلس الدولة الفرنسي، وقد أخذت عنه الدول الأخرى ومنها الدول المقارنة.

(ب) العقد الإداري شأنه شان بقية عقود القانون الخاص، يقوم على التراضي لأطرافه، غير أنه يستمد طبيعته من اتصاله بنشاط المرفق العام، ومن الشروط الاستثنائية غير المألوفة في مبادئ عقود القانون الخاص.

(ج) تبدو مرحلة تنفيذ العقد الإداري أكثر أهمية من مرحلة إبرامه، من حيث إنها تبرز بوضوح طبيعته الذاتية، والامتيازات السلطوية التي تتمتع بها الإدارة في ظله، فضلا عن أن حيثيات العلاقة ومجرياتها وزمنها تتم فيها، وهو الأمر الذي نعتقد أنه يتطلب تغطيتها تشريعيا بصورة كاملة لاسيما في تشريعات الصفقات العمومية والمناقصات والمزايدات باعتبار هذه التشريعات بمثابة التشريع العام لإبرام وتنفيذ عقود الإدارة، إذ لوحظ وجود بعض الثغرات والنواقص بصفة عامة؛ كما ويتطلب الأمر اهتمام الدراسات القانونية بها (مرحلة التنفيذ).

(د) السلطة الجزائية واحدة من الامتيازات السلطوية المهمة التي تتمتع بها الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية. وتنظمها في الواقع نظرية مستقلة بذاتها تستمد أصولها من الأحكام التي تواتر عليها القضاء الإداري الفرنسي المؤيد من قبل غالبية الفقه القانوني الإداري الذي أدى دورا كبيرا في تفسيرها وتحليلها. غير أن الطابع القضائي الذي تتصف به نظرية الجزاءات لا يقلل من شأن النظام القانوني التشريعي الذي يأتي مدعما ومكملا لها، فضلا عن أن الأخير يعد في الحقيقة تطبيقا نسبيا لهذه النظرية، ذلك أن ثمة بعض أوجه الاختلاف التي بدت في بعض الحالات بينهما، وقد بينت الدراسة كل ذلك في موضعه منها.

(هـ) تعترف الدول المقارنة جميعها من دون أي استثناء بسلطة الإدارة الجزائية، إذ نظمتها في تشريعاتها النافذة. بما في ذلك اليمن التي وإن كانت ما تزال في الواقع تأخذ بالنظام القضائي الموحد ذي الخصوصية المزدوجة، كونها تعتمد نظام الدائرة الإدارية في المحكمة

العليا، وتتجه في الوقت الحاضر إلى إنشاء الدوائر الإداريـة الاسـتئنافية والابتدائيـة؛ إلا أن نظامها القانوني الإداري يكاد يتطابق تماما مع ما هو متعارف عليه ومعمول بـه فـي الـدول المقارنة الأخرى التي تعتمد النظام القضائي المزدوج، وهو الأمر الذي دعانا للقول إن تعليـق وجود القانون الإداري على وجود محاكم إدارية رأي يكتنفه الغموض ولا يقوم علـى أسـاس علمي صحيح، مادام الواقع يثبت إمكانية تطبيقه في الدول كافة بصرف النظر عن نوعية النظام القضائي المعمول به، مع أننا لسنا من دعاة الأخذ بالنظام القضائي الموحد على الإطلاق.

والحقيقة أنه بالاستعانة بما أخذت به كل دولة من الدول المقارنة علـى حـدة ومفاضـلتها ببعض، استطعنا التوصل إلى نظرة قانونية عامة لسلطة الإدارة الجزائية وهـي التـي تقـدمها هذه الدراسة.

(و) يختلف النظام الذي يحكم سلطة الإدارة الجزائية إلى حد كبير مـع نظـام الجـزاءات المدني الذي بدأ عاجزا عن تقديم المبادئ والقواعد التي تتناسب ومبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد من دون انقطاع، وقد أبرزت الدراسة بالتفصيل الدقيق مواضع هذا الاختلاف.

(ز) توصلت الدراسة – كما كان متوقعا – إلى أن ممارسة الإدارة لسلطة الجزاء حق ثابت ومؤكد في العقود الإدارية كافة، غير أن استعمالها يكثر بصدد عقود التـزام المرافـق العامـة والأشغال العامة والتوريد لأهمية هذه العقود في واقع العمل التطبيقي. وتأتي تشريعات الصفقات العمومية والمناقصات والمزايدات في صدارة النظام التشريعي الذي ينظمها، ما عدا عقد التزام المرافق العامة الذي يخضع بالدرجة الأولى لنصوص تشريعية خاصة بـالنظر إلـى بعـض الخصوصية التي يتميز بها، ففضلا عن إصدار المشرع تشريع خاص به بكل حالة على حـدة فإنه توجد في بعض الدول المقارنة تشريعات عامة تنظمه، مثلما هو الأمر بالنسبة إلى القانون

رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزام المرافق العامة في مصر، وكذا تعليمـة التـزام المرافـق العمومية المحلية وتأجيرها في الجزائر. ونجدها فرصة لدعوة المشرع اليمني إلى اتخاذ خطوة نحو الأمام باتجاه إصدار تشريع عام ينظم هذا العقد أسوة بما هو معمول في العديد من الـدول ومنها مصر والجزائر خاصة أن البلد مقبل على استثمارات ضخمة لهذا العقد نصـيب وافـر فيها، لاسيما إذا ما نظرنا إلى عملية الخصخصة التي تزداد وتيرتها يوما بعد يوم ـ كما هـو متوقع في الجزائر أيضا ـ ثم إنه من غير المقبول أن يغفل عن مثل هذا التشريع المهم في ظل الترسانة التشريعية المتضخمة لديه.

2 ـ أظهرت الدراسة أن نظام الجزاءات الذي يحكم سلطة الإدارة الجزائية لا يهدف إعـادة التوازن بين الالتزامات المتبادلة لأطرافه ولا يتسم بطابع العقوبات التي توقيع علـى المتعاقـد فقط، وإنما هدفه الأساس هو الوصول إلى تنفيذ الالتزام المتصل بالمرفق العام تنفيذ عينيا. وهو بذلك نظام مرن ومتدرج يبدأ بالجزاءات التي لا تواجه الأخطاء الجسيمة كـالجزاءات الماليـة وتنتهي بالجزاءات الفاسخة التي تواجه الأخطاء الجسـيمة التـي يرتكبهـا الطـرف الآخـر في العلاقة.

3 ـ تبرز الدراسة بما لا يدع مجالا للشك على أن أهم خاصية للسلطة الجزائيـة، أن الإدارة تستطيع توقيع الجزاءات في أثناء تنفيذ العقد الإداري بإرادتها المنفردة من دون وساطة القضاء وفقا لامتيازها في التنفيذ المباشر التي تتمتع به في نشاطاتها الإدارية، عدا حالة إسقاط الالتزام في عقود الالتزام، إذ يتم استثناؤه لأسباب شرحناها بالتفصيل.

4 ـ ناقشنا في الدراسة باستفاضة الأساس القانوني لسلطة الإدارة الجزائية، وتوصلنا إلى أن النتيجة المهمة التي تبرر للإدارة في الأصل فرض الجزاءات من جانب واحد ـ على خـلاف

نظام الجزاءات المدني ـ وتتمثل في أن هذه السلطة تستمد أصولها من طبيعة المرفق العـام ومقتضيات اتصال العقد الإداري به، ومن ثم فهي علاوة على أنها تستمد قوتها من العقد، فإنها تقوم وتستند في الأساس إلى قوة القانون،وينبني على هذا الاستخلاصات والحقائق الآتي ذكرها:

(أ) إنها من النظام العام، فلا يجوز للإدارة أن تتنازل عنها نهائيا، أو تحجم عن استعمالها. وكل اتفاق يمنع الإدارة من استخدامها يعد باطلا ولا يعتد به. أما لجوء الإدارة إلى القضاء طلبا في تنفيذ الجزاء على المتعاقد معها في بعض الحالات، فلا يعد إنكارا لحقها في التنفيذ المباشر بل يؤكده كحق أساس لها تترخص في إجرائه بحسب مقتضيات المرفق العام على وفق تقديرها كما أن لجوءها هذا لا يكون عادة إلا عندما تريد توقيع جزاءات أشـد ممـا هـو منصـوص عليه في العقد.

وقد دحضنا بالمعاومة والحجة أبرز تلك الآراء التي قلات من هذه النتيجة، وبينـا مكـامن ضعفها وتناقضها فيما بينها.

(ب) إن ممارسة الإدارة لهذه السلطة، يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة التي تتمثل بالدرجة الأولى في ضمان استمرار المرفق العام في أداء وظائفه بانتظام واطراد. إذ إن المصلحة العامة عبارة فضفاضة ما لم تكن محصورة على وجه التحديد باحتياجات المرفق العام في كـل عقـد على حدة، وكلما كان ذلك منصوص عليه كانت الصورة أكثر وضوحا.

(ج) تستطيع الإدارة توقيع الجزاءات حتى في حالة سكوت العقد أو دفتـر الشـروط عـن النص عليها صراحة، فيما عدا حالة الفسخ الجزائي على حساب وتحت مسؤولية المتعاقد علـى وجه التحديد لأسباب فصلناه بدقة. ومن ثم لا يستطيع المتعاقد الـدفع بقاعـدة العقـد شـريعة المتعاقدين أو بقوة العقد الملزمة، كما لا يجوز للإدارة بصفة عامة أن تتعسف في استعمالها.

5 ـ خلصنا إلى أن فكرة المرفق العام لم تفقد بريقها كما يزعم نفر من الفقه، بل إنها تحمـل ما يؤهلها على الصمود أمام متغيرات العصر، ومن ثم فإنها تصلح أساسا قانونيا فـي تبريـر استعمال الإدارة لامتياز التنفيذ المباشر في أثناء توقيع الجزاء بالإرادة المنفـردة. أمـا فكـرة السلطة العامة ـ أبرز الأفكار والمعايير التي قيلت في محيط الفقه الإداري ـ فإنه يصعب في رأينا إعمالها في دائرة جزاءات الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها الإدارية، وتحديدها فـي مجـال العقد الإداري بصفة عامة، فلو أدرك المتعاقدون أنها أساس ممارسـة الامتيـازات السـلطوية عموما وتوقيع الجزاء خصوصا لانصرفوا عن التعاقد مع الإدارة مما يؤدي إلى نتائج خطيرة. بينما يمكن تقبلهم للأولى ـ المرفق العام ـ باعتبار أنهم جزء من الجمهور المستفيد في آخـر المطاف من تمتع الإدارة بهذه السلطات مراعاة لمقتضيات مرافق المجتمع العامة.

6 ـ أثبتت الدراسة أن سلطة الإدارة الجزائية سلطة خطيرة في الأساس، غير أن خطورتهـا هذه تتلاشى أمام حقيقة إنها سلطة استثنائية. ذلك أنها تفرض بغرض تلافي أخطاء المتعاقد الذي يعجز أو يقصر أو يخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، وهذه الأفعال المحدقة بالمرفق العام، خطيـرة إذا ما تركت من دون صدها بالجزاءات المتناسبة معها من قبل الإدارة. أما في غير هذه الحالة فإن قرارات الإدارة بالجزاء كافة، تندرج في عداد الإجراءات الإدارية غير المشروعة، التـي تقع تحت طائلة القضاء.

7 ـ تكشف لنا أن تطبيق الإدارة للجزاءات الإدارية ـ كمبدأ ـ لا يشترط وقـوع الضـرر فيكفي تخلف المتعاقد عن القيام بتنفيذ واجباته التعاقدية كي توقعها الإدارة. وتلك هـي مسـألة يؤيدها الفقه في غالبه، وتقرها أحكام القضاء، فضلا عن رؤية المشرع المقارن التـي جـاءت منسجمة معها لاسيما في بعض أنواع الجزاءات.

غير أنه لزام علينا أن نوصي الدراسات التي ستخلفنا للتنبه إلى الخلط الذي وقع به بعـض الفقه، حيث لم يفرقوا بين أنه لا يشترط تحقق الضرر الفعلي كي تتخذ الإدارة الجـزاء كونـه ضررا محتملا على المرفق العام، وبين أنه لا يشترط فعل الخطأ من قبل المتعاقـد، فالنتيجـة على إثر ذلك مختلفة تماما، ولا تصح في الحالة الثانية بالتأكيد، فلا جزاء من دون خطأ.

8 ـ تشير الدراسة إلى أهمية وجود نصوص تشريعية تنظم عملية إصدار الإدارة لقراراتهـا الجزائية ضدا على متعاقديها، على أن تتضمن بالضرورة مسألة إلـزام الإدارة بتسـبيب هـذه القرارات بالشكل الكامل غير المنقوص، لأهمية ذلك في واقع التطبيق العملي، لاسيما عند نشوء النزاعات بين أطراف العلاقة التعاقدية، فلا يكفي باعتقادنا النصـوص المتنـاثرة فـي دفـاتر الشروط الإدارية العامة مثلا، ولا بأس من أن تكون ضمن تشريع عام بهذا الصدد، مثلما عمل المشرع الفرنسي ـ كعادته سباقا ـ بموجب قانون 1979/07/11 بشـأن تسـبيب قـرارات الإدارة. وبذلك نوصي المشرع في الدول المقارنة الأخرى باتباع المسلك عينه.

9 ـ لا يشترط في آلية إصدار قرارات الجزاء، أن تلتزم الإدارة بالضرورة بعملية التـدرج في توقيع الجزاء، فالإدارة تستطيع الجمع بين أكثر من جزاء في آن واحد، بشرط تحقق أسبابها القانونية كلا على حدة، مثلما هو على سبيل المثال في إمكانية الجمع بين جزاء الفسخ ومصادرة التأمين، وهذا القول ـ بالمناسبة ـ إحدى علامات وتجليات التقارب والتطـابق بـين نظريـة الجزاءات القضائية والنظام القانوني الذي ينظم سلطة الإدارة الجزائية.

10 ـ من النتائج المهمة التي انتهينا إليها، أن النظرية العامة لسلطة الإدارة الجزائية، نظرية متوازنة بكل ما تحمله الكلمة من معنى في الحقيقة، كونها تحتفظ للشريك في العلاقة التعاقديـة بمجموعة من الضمانات التي تمكنه من الحفاظ على حقوقه حتى في أحلك الظـروف، فتجعـل

منها خصائص ثابتة إزاء ما تتمتع به الإدارة من امتياز التنفيذ الانفرادي للجزاء في أثناء تنفيذ العقود الإدارية، وبذلك تنفي عن هذه السلطة عنصر الإطلاق، ومن ثم تشجع المستثمرين من الأفراد والشركات على إبرام العقود الإدارية من دون خوف أو رهبة. وأهم هذه الحقوق التي تعد قيودا مفروضة على الإدارة هي:

(أ) ضرورة إعذار المتعاقد - مسبقا - قبل توقيع الجزاء عليه، وذلك بإعطائه مهلة معينة لكي يتمكن من العودة إلى طريق التنفيذ الصحيح لالتزاماته.

ولا يخلو الأمر من بعض الاستثناءات التي تعفى الإدارة من الإعذار ومنها:

(أ 1) حالة احتفاظ الإدارة بنص صريح في العقد أو دفتر الشروط.

(أ 2) حالة الاستعجال التي تتطلبها بعض أنواع الجزاءات.

ولا يغيب عن البال، أن مجلس الدولة الفرنسي يجعل من إعمال قاعدة الإعذار المسبق سمة ملازمة أساس لسلطة الإدارة الجزائية، بينما هي أقل درجة في قضاء الدول المقارنة الأخرى لاسيما مجلس الدولة المصري؛ وقد تطرقت الدراسة إلى ذلك بالتحليل الدقيق.

(ب) تخضع قرارات الإدارة بالجزاء في مختلف أنواع العقد الإداري لرقابة القضاء الإداري اللاحقة، بوجهيها (المشروعية) و(الملاءمة). وبذلك يتخلص المتعاقد من آثار القرار غير الصحيح سواء لعدم مشروعيته، أو لعدم وجود ما يبرره، فضلا عن مساءلة الإدارة بالتعويض عما تحمله من أضرار من جرائه.

ونوصي في هذا الصدد - بصفة عامة - بما يأتي:

(ب 1) أن يولي رجل الإدارة عنايته في أثناء إبرام العقد الإداري، بضرورة النص في العقد صراحة وبوضوح على حقوق الإدارة والتزاماتها وكذلك الأمر بالنسبة إلى الطرف

الآخر، وبما لا يدع مجالا للشك في أثناء تفسير معاني هذا النص ومقاصده حين التنازع بشأنها ذلك أنه يلاحظ كثرة القضايا المنظورة قضائيا بهذا الخصوص، أو عند مقابلتها وتكييفهـا مـع النص التشريعي الذي يحكم هذه المسألة أو تلك.

(ب 2) أن نلفت نظر الباحث أو الدارس الخلف إلى أهمية التمييز بـين قـرارات الإدارة الاعتيادية التي يختص بها قضاء الإلغاء، وبين قرارات الإدارة بالجزاء المتعلقة أصلا بعمليـة التعاقد الإداري، التي يختص بنظر منازعاتها قاضي العقد في إطار دعوى القضاء الكامل سواء من حيث الإلغاء أو التعويض باستثناء حالة القرارات الإدارية المنفصلة التي تخضـع لـدعوى الإلغاء، لاختلاف مترتبات وآثار كل حالة عن الأخرى كما تبين لنا، والحقيقة أنه يكثـر عـدم الفرز بين هذه الحالات وعلى نطاق واسع.

(ب 3) أن يعيد القاضي الإداري النظر مجددا في موضوع القـرار الإداري المنفصـل المتعلق بالعقد الإداري، في أن يرتب على إلغائه إبطال العقد المتعلق به. فليس من المنطقي أن يلغى القرار لعدم مشروعيته ويظل العقد قائما، فما بني على باطل فهو باطل.

11 ـ تبين لنا بجلاء أن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري تسحب نفسها إلـى امتيـازات الإدارة وسلطاتها كافة، فلا تقتصر على إحداها من دون الأخرى، غير أن مظاهر السلطة العامة تتجلى في سلطة الإدارة الجزائية أكثر من الامتيازات الأخرى، وعلة ذلك تكمن في قدرة الإدارة على فرض مختلف أنواع الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها من جانب واحد حينما يرتكب مـن الأفعال ما يبرر لها استعمال هذه السلطة، التي قد تصل إلى حد إنهاء العلاقة التعاقديـة. ومـع ذلك فإن الهدف الأساس لسلطة الإدارة الرقابية وسلطتها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة هـو الهدف عينه للسلطة الجزائية، المتمثل في ضمان الوفاء باحتياجات المرفق العام واستدامة تعهد

الإدارة وإشرافها عليه. وقد استخلصنا العديد من أوجه العلاقة التي تصل الأخيـرة بالسـلطات الأخرى، ولعل أهمها ما يأتي:

(أ) إن الأساس القانوني لكل السلطات الثلاث، وكذلك الأمر بالنسبة إلى سلطتها في إلغـاء العقد لدواعي المصلحة العامة، يكمن في فكرة مستلزمات وضرورات سير المرفق العام بانتظام واطراد، وذلك بحسب الراجح في الفقه الإداري، وما أقره القضاء الإداري، وما أخذ به المشرع المقارن في بعض النصوص. وأن هذه الفكرة تراعي فكرة الشروط الاستثنائية التي يقول بهـا أنصار فكرة السلطة العامة.

(ب) سلطات الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري جميعها، لا يوجد ما يقابلها بهذه الصورة في مبادئ عقود القانون الخاص.

(ج) الإدارة ليست بحاجة إلى تضمين العقد نصا يسمح لها بممارسة هـذه السـلطات كـي يعترف لها بها، فوجودها يستند إلى قوة القانون وخصائص العقد الإداري الذاتية. ولا يعني ذلك أن تغفل الإدارة عن النص عليه في العقد أو دفتر الشروط ـ وهو الأمر الذي لم نلحظـه فـي غالبية العينيات التي وقعت تحت أيدينا من العقود وملحقاتها ـ ذلك أن من فوائد النص عمليـا توضيح إجراءات وتفاصيل التزامات الأطراف، وتعيين الجزاءات التي سوف تطبـق بمناسـبة أخطاء معينة، فضلا عن أنه يجسد قاعدة التراضي التي يقوم عليها العقد الإداري.

(د) تتأثر السلطة الجزائية باستعمال الإدارة لسلطتها الرقابية وفي تعديل العقد. فـإذا كـان لا يتصور فرض الجزاء على المتعاقد بسبب قيام الإدارة عينها بتعديل التزامات العقـد، فـإن إخلال المتعاقد الجسيم للأوامر الصادرة عن الإدارة في أثناء ممارسة السلطة الرقابية يعد أحـد الأفعال التي تبرر للإدارة توقيع الجزاء عليه. مما يعني أن السلطات تتداخل فيما بينهـا، مـن

خلال تأثير كل منها بالآخر، جنبا إلى جنب ما تتمتع به من خصوصية تعكس استقلال كل منها على حدة.

12 ـ تعرضت الدراسة لقواعد سلطة الإدارة الرقابية، وأظهرت أن لمفهوم الرقابة في الواقع معنيين؛ الأول: وهو المعنى الضيق الذي يجسد حق الإدارة في الإشراف على تنفيذ عقودها الإدارية، الذي يكاد يتقارب نوعا ما في أحكامه مع ما هو سائد في عقود القانون الخاص. وأما الثاني: فهو المعنى الواسع الذي يظهر قدرة الإدارة على توجيه المتعاقد من خلال إصدار الأوامر الموجهة إليه بصدد تغيير وسائل التنفيذ وأوضاعه، ويختلف مداها من عقد إلى آخر.

وإزاء ذلك، نوصي بعدم الإسراف في إصدار الأوامر المصلحية للمتعاقد في أثناء تنفيذ العقود الإدارية، إذ إن إجباره على تغيير بعض المواصفات للأعمال والخدمات يمكن أن يتم عن طريق قيام رجال الإدارة الفنيين بإسداء النصح والإرشاد لتحقيق ما تصبو إليه هذه السلطة من أهداف. علما بأنه يلاحظ في الكثير من الحالات انفضاض العلاقة التعاقدية بسبب كثرة الاحتكاكات التي تنشأ عن ممثلي الإدارة.

13 ـ سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بالإرادة المنفردة، كغيرها من السلطات ليست مطلقة بل إن نطاقها تحدده ضوابط معينة لا يمكن تجاوزها وإلا تحولت إلى شيء آخر وقد فصلناه مع غيرها من الموضوعات وأهمها رؤية المشرع المقارن بشأن مظاهر هذه السلطة. إلا أن أبرز ما يمكن أن يقال عن خصائص سلطة التعديل، أن الإدارة تستطيع بموجبها تعديل الالتزامات المنصوص عليها في العقد، سواء من حيث مقدار الالتزامات أو طرق تنفيذها أو في مدتها، بالإرادة المنفردة ومن دون أي خطأ من المتعاقد ـ بخلاف سلطة الإدارة الجزائية ـ إلا أن المتعاقد يستحق التعويض المناسب لجبر الخلل الناشئ عن هذا التعديل.

وبعبارة أخرى فإن فكرة إعادة التوازن المالي للعقد التي تبرر أساس التعويض، تجد مداها فـي هذه السلطة، ومن ثم فإنها إحدى العلامات الفارقة - الأخرى - لنظرية العقد الإداري ونظامها القانوني، وهو الأمر الذي يشكل أمنا وأمانا للمتعاقد مع الإدارة، فأي تعديل أو تغيير للعقد لا يد له فيه، تقابله عملية كاملة متكاملة في إعادة التوازن المالي للعقد. وبهذا ندعو الأفراد والشركات إلى زيادة استثماراتهم من خلال العقود الإدارية من دون أي خوف أو رهبة ممـا تتمتـع بـه الإدارة من امتيازات وسلطات. كما أنها دعوة للمشتغلين في مراكز البحوث العلمية والتجاريـة إلى تعميم هذه الحقائق والقواعد القانونية بين أوساط القطاع الخاص والمختلط، لما له من أهمية كبيرة في تشجيع الرأسمال الخاص للمشاركة في هذا المجال.

14 - بمناسبة دراسة سلطات الإدارة الأخرى في إطار علاقتها بالسلطة الجزائية، خلصـنا إلى أن سلطة الإدارة في إلغاء العقد لدواعي المصلحة العامة تعد سلطة مستقلة بذاتها، وليسـت كما أشار جانب كبير من الفقه إلى أنها امتداد لإحدى مظاهر سلطة التعديل - وهـو موقـف جريء على أية حال ويتطلب لتأكيده دراسة متمعنة منا فـي المسـتقبل فليسـت موضـوعنا هنا- وعلى أساسه تناولنا علاقتها بموضوع رسالتنا في أثناء دراسة سلطة الإدارة في توقيـع الجزاء الفاسخ، تفريغا لقناعتنا في أنها تتقارب في بعض أحكامها مع الفسخ الجزائي، ثم إنهـا سلطة فسخ في الأصل.

15 - تؤكد دراستنا صحة الاستنتاج العام القائل بإن مختلف أنواع الجزاءات التي تتفرع عن سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، تقترب وتتلاقى في ميدان واحد وهو ضمان السير المنتظم للمرفق العام. غير أنها تستخلص - أيضا- أن هذه الجزاءات تختلف من حيـث صياغتها ومن حيث إعمالها، وهو الأمر الذي أرفقناه بها (الدراسة) فذهبنا لتفصيل كـل نـوع

على حدة وبدراسته من كل زواياه، فلم نترك مسألة مهمة تتعلق به إلا توقفنا عندها.

فغرامة التأخير، التي تعد من أهم تطبيقات سلطة الإدارة الجزائية، تناولناها انطلاقا من اشتراط مجلس الدولة الفرنسي في ضرورة النص عليها لإعمالها، مرورا بفحص وتحليل مسلك المشرع المقارن في معالجتها تشريعيا، وانتهاء بعلاقتها ببعض النظم الأخرى.

وتأسيسا عليه، نقترح على المشرع على وجه التحديد بما يأتي:

(أ) الإبقاء على النصوص التشريعية التي تجيز للإدارة اقتضاءها من دون ضرورة إعذار المتعاقد مسبقا، كونها اتفاقية ولا يستلزم الأمر إعطاء المتعاقد مهلة إضافية لإعمالها، طالما وقد تم الاتفاق عليها بالنص. وهو الأمر الذي تتوازن معه اشتراطات القضاء الإداري المؤيد من غالبية الفقه، للنص عليها في العقد أو دفتر الشروط.

(ب) تعديل المادة (78) من المرسوم الرئاسي رقم 02 ـ 250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03 ـ 301 المعمول به في الجزائر التي اكتفت بإحالة موضوع تحديد نسب اقتضاء غرامة التأخير إلى بنود الصفقة. بحيث يقوم المشرع بوضع النسب التي يراها مناسبة، بل ويفصلها ويحددها في كل نوع من العقود على حدة، وذلك أسوة بالمشرع المصري في المواد(23) من قانون المناقصات النافذ، والمواد (94،83) من لائحته التنفيذية، والمشرع اليمني في المادة (112) من لائحة المناقصات، وترجع أهمية أن يقوم المشرع بهذا الإجراء إلى أنه:

(ب 1) مع تقديرنا لرؤية المشرع التي أراد بها إثبات خاصية غرامة التأخير الاتفاقية فإنه قد يحدث في التطبيقات العملية أن تغفل الإدارة عن النص في العقد أو دفتر الشروط، على تحديد نسبتها، فيصعب الأمر على حل هذا الإشكال، ما بين أنه تم تقرير الغرامة وبين أن نسبها

لم تحدد وهو الأمر الذي أخذه المشرعان اليمني والمصري بحسبانهما.

(ب 2) أفرد المرسوم مساحة لا بأس بها بالنسبة إلى فوائد التأخير التي يستحقها المتعاقد لاسيما في المادة (77) منه. في الوقت الذي تفادى تفصيل ما يخص هذه الغرامة على الـرغم من أهميتها في الواقع العملي، حيث تكثر حالات تخاف الشركات عن تنفيذ التزاماتها في المـدد المنصوص عليها في العقود، ونظرة للصحف المحلية كافية لتأكيد ذلك.

(ج) تعديل عبارة (الغرامات المالية) الواردة في المادة المـذكورة أعـلاه، إلـى (غرامـة التأخير) كما عمل المشرعان اليمني والمصري، إذ إنها تسمح بالتمييز بينها وبين بقيـة أنـواع الغرامات، فضلا عن أن إضافة كلمة (تأخير) من شأنها الإشارة إلى الفعل الأساس الذي تفرض هذه الغرامة على إثره ألا وهو التأخير عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ثم إن إلحاق الغرامـات بكلمة (المالية) لا قيمة له فعليا، فكل الغرامات هي مالية بطبيعتها، وعلى أية حال يفضل عامة الفقه الإداري استعمالها بهذا الشكل، وتم ـ ويتم ـ تداولها في القضاء الإداري هكذا.

وكذلك نوصيه في المادة عينها، بإضافة عبارة (من دون إنذار سابق) بحيث تـأتي كاملـة ومتناسبة مع أحكام نظرية الجزاءات ونظامها القانوني المعمول به على نطاق واسع، بل ومـع المادة(36) من دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العامة، فتصبح بذلك عامـة لكل أنواع العقود الإدارية. علما أننا أشرنا في المحتوى إلى أن المشرع الجزائري قد كان موفقا بصدد بقية أجزاء هذه المادة، كونه عبر بوضوح عن أن الغرامة إنما هي اتفاقية بطبيعتها، بقدر يتفق أو يزيد على ما عبر عنه المشرعان المصري واليمني.

(د) نقترح على المشرع اليمني إضافة فقرة للمادة (07) من قانون المناقصات والمزايـدات التي ذكرت عبارة(غرامة التأخير) ضمن سياق عام ـ ذكر نصها سلفا ـ أو في مـادة جديـدة

يتناول فيها الحدود العامة لنسب تقدير غرامة التأخير وأهم ما يتعلق بها، لاسيما أنها تستحق من دون ضرورة اتخاذ أي إجراءات أخرى، وذلك للأسباب الآتي ذكرها:

(د 1) جاء في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات تفصيل لغرامـة التـأخير ونسبها وكل ما يتعلق بها، في صورة تتجاوز مهمة اللائحة على حسب فهمنا المتواضع، إذ إنه معلوم لدي أنها تضع تفاصيل المادة القانونية ولا تخلق أحكاما من الأساس، لذلك - باختصـار شديد - نرى صحة ما انتهجه المشرع المصري بهذا الخصوص، كونه تطرق لكل ما يتعلـق بها في القانون بصورة عامة، ثم فصلها في لائحته.

(د 2) ضعف مؤهلات رجل الإدارة بصفة عامة بهذا الصدد، حيث يلاحظ وعلى نطـاق واسع، خلو الكثير من العقود الإدارية من تنظيم أحكام غرامة التأخير من جهـة، ومـن جهـة أخرى عدم الانضباط في تحديد النسب، ففي عقد تراها مرتفعة، وفي عقد آخر مشابه منخفضة وهكذا مما يؤدي إلى عدم التزام الشركات بدفعها.

علما أن المشرع قد كان موفقا عندما أقر بوضوح في المادة (114) من اللائحة عينها إلـى قاعدة أن النص التعاقدي يتقدم على النص التشريعي في حالة أن جاء محددا لنسب الغرامة.

16 - في وسط الآراء المتضاربة في إمكانية تطبيق الغرامة التهديدية في مجال تنفيذ العقـد الإداري من عدمها المعمول بها في دائرة عقود القانون القانون، ولئن لم نجد في سياق البحـث أية موانع نظرية أو عملية تفترض استبعادها نهائيا، رأينا بإمكانية العمل بها وإدخالهـا ضـمن نظام الجزاءات في العقود الإدارية، وعلقنا ذلك على شرط عدم اشتمال العقد أو دفتر الشـروط على وسائل وإجراءات محددة تقوى لوحدها على ضمان سير المرفق العام وتكفل لـلإدارة أداء الالتزام، وكان المتعاقد مستمرا في عناده على عدم تنفيذ التزاماته.

17 ـ توقفنا عند إشكالية اقتضاء الإدارة للتعويض، التي تعد إحدى المسائل المعقدة والمثيرة للجدل، بسبب أن التعويض من النظم القانونية للقانون الخاص، ويفترض لإعماله تحقق الضرر الناشئ عن خطأ المتعاقد، بخلاف القاعدة العامة في نظام الجزاءات الإداري التـي لا تشـترط وقوع الضرر وتكتفي بتحقق الخطأ ـ كما أشرنا ـ والجهة المختصة بتقديره هي القضاء، ممـا يعني أنه يتطلب تطبيق القواعد القانونية المدنية، وعدم قدرة الإدارة على اقتضائه بنفسها، وزاد الأمر تعقيد أمامنا أن المشرع المقارن لم يفصح عن رؤيته بشكل واضح، كمـا هـو مسـتقر في فرنسا على وفق قضاء مجلس الدولة لاسيما بعد حكم (دبلانك)، وتأييد الفقه له. وبعد جهـد جهيد رأينا بأنه من غير المنطقي أن تحرم الإدارة من اقتضاء التعويض بنفسـها طالمـا وقـد اعترف لها بمصادرة التأمين من جانب واحد، خاصة أن الأخير لا يعدو أن يكون سوى الحـد الأدنى للتعويض، وأنه لا يوجد ما يمنع الإدارة من الاسترشاد بمبادئ وأحكام القانون المدني في هذه الحالة بما فيها اشتراط تحقق الضرر وعلاقته السببية بخطأ المتعاقـد، علـى أن ينازعهـا المتعاقد أمام القضاء على صحة إجرائها إذا أراد.

وعليه، نوصي المشرع بتطوير تلك النصوص التشريعية التي تناولناها في المحتوى ـ بهذا الخصوص ـ بحيث تبيح للإدارة بتقدير التعويض بنفسها، كما هو مستقر في فرنسا.

18 ـ من نتائج الدراسة أنها تحققت من أن النظام الذي يحكم سلطة الإدارة الجزائية لا يقف عند حدود الجزاءات المالية؛ بل إنه يعطي الإدارة الوسائل الفعالة التـي تضـمن بهـا تقـديم الخدمات المستهدفة من العقد الإداري على الرغم من عجز المتعاقد، هذه الوسائل التي تستطيع الإدارة بوساطتها أن تحل محل المتعاقد الآخر في تنفيذ العقد بنفسها أو عن طريق متعاقد آخـر على حسابه وتحت مسؤوليته، وهذا شأن الجزاءات الضاغطة. وتوصلنا في الحقيقة إلى أن هذا

النوع من الجزاءات يأخذ أشكالا رئيسة ثلاثة: فرض الحراسة في عقود الالتزام وسحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة والشراء على حساب المورد في عقود التوريـد، وأشـرنا إلى أن الإدارة تستطيع توقيعها ـ كذلك ـ في كل العقود الإدارية. ولوحظ في الواقـع وفـرة أحكام ومقررات القضاء وتعليقات الفقه المتعلقة بهما، إضافة للنصوص التشريعية التي تنظمهما في مقابل شحتها في جزاء فرض الحراسة. واستكمالا لرؤيتنا في المحتوى، نضيف ما يأتي:

(أ) لئن كان مستحسنا أن ينص القانون عينه على الجزاءات الضاغطة، لقوته القانونية مقابل التشريع الأدنى، فإن قانون المناقصات المصري أخذ بذلك لاسيما في المادة (25) منه، مع أنـه كررها في مواد لائحته التنفيذية ولم يزدها تفصيلا كما هو متعارف عليه.

(ب) لم يشر المرسوم الرئاسي الجزائري إلى الجزاءات الضاغطة كما هو بالنسـبة إلـى التشريع المصري واليمني، غير بعض الإشارات والتلميحات التي تتطلب جهدا لاستخلاصها،إلا أن دفاتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة جاء بها يفي بالغرض. علما بأن هذه الدفاتر تتطلب بعض التعديلات المهمة بالنظر إلى ما تطرأ في الواقـع من مستجدات.

(ج) الملاحظة أعلاه التي أوردناها بصدد غرامة التأخير في لائحـة المناقصـات اليمنيـة تصدق على حالة الجزاءات الضاغطة، إذ لم يشر إليها ـ الأخيرة ـ في القانون؛ وإنما نـص عليها وفصلها في اللائحة، في الوقت الذي نظم في القانون أحكام جزاءات وموضوعات أخرى أقل أهمية.

وعليه نوصي بالاهتمام بهذه الموضوعات وإيلائها عناية المشرع، مع ملاحظـة أن هـذه وتلك من النواقص أو الثغرات فإنها لم تؤثر على الإطلاق في اعتراف المشرع المقارن بسلطة

الإدارة في توقيع الجزاء الضاغط، أو التقليل من أهميتها كما أوضحنا ذلك في السابق.

19 ـ أولت دراستنا لسلطة الإدارة الجزائية اهتماما خاصا بسلطة توقيـع الجـزاء الفاسـخ وأفردت لها مساحة كبيرة مقارنة ببقية أنواع الجزاء، للأهمية التي تحتلها في نظرية الجزاءات ونظامها القانونية استتباعا لآثارها القانونية في واقع العمل التطبيقي لاسيما أنها تؤدي إلى إنهاء العقد الإداري، وباعتبارها تمثل اليوم إحدى القواعد الجوهرية التي يتشكل منها القـانون العـام للعقود الإدارية في الدول المقارنة.

وأكدنا فيها على حقيقة أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء الفاسخ، سلطة معترف بهـا فـي الدول المقارنة كافة، ودرسناها من جميع أوجهها بما في ذلك اختلافها عـن النظـام القـانوني للجزاء في عقود القانون الخاص. وتوصلنا إلى جملة من الاستنتاجات المتعلقة بوضـعها فـي النظام التشريعي والقضائي وفي محيط الفقه في الدول المقارنة، علما أن بعضها قد أشارت إلى بعض الفروقات القائمة مع البناء القانوني العام لنظرية جزاءات العقـد الإداري كمـا شـيدها القضاء الإداري الفرنسي وأرسى دعائمها الفقه هناك، التي بالبناء عليها تمكنا من اقتراح العديد من التوصيات وأهمها:

(أ) للإدارة الحق في توقيع جزاء الفسخ من جانب واحد في أثنـاء تنفيـذ العقـد الإداري استثناءا من ذلك حقها في إسقاط الالتزام في عقود الالتزام الذي خص مجلس الدولة الفرنسـي القضاء بتطبيقه، على خلاف مجلس الدولة المصري الذي يعطي الحق للإدارة كمبدأ عام.

ولا يمنع الإدارة من توقيعه بنفسها إذا احتفظت في العقد أو دفتر الشروط بنص يجيز لهـا ذلك. وقد كان لافت أن تعليمة التزام المرافق العمومية المحلية وتأجيرها في الجزائر قد أشارت إلى حق الإدارة في توقيعه، وهو الأمر الذي ينادي به جانب من الفقه صراحة، غير أننا نحبـذ

الرؤية الفرنسية التي تعلق توقيعه بالنص في العقد. أما حقها في الفسخ الجزائـي فـي عقـدي الأشغال العامة والتوريد وبقية العقود الإدارية، فلا منازعة عليه.

(ب) العمل بقاعدة الإعذار المسبق كما في نظرية الجزاءات والقانون الفرنسي، التي تعـد قاعدة أصيلة وضمانة حقيقية للمتعاقد إزاء سلطة الإدارة الخطيرة في الفسخ الجزائـي. ولـئن كانت أحكام مجلس الدولة المصري قليلة ونادرة في اشتراط الإعذار - كما يؤكد الفقه - فإننا ندعوه إلى عدم التردد واتخاذ خطوة نحو الأمام باتجاه إلزام الإدارة بضرورة الإعذار، وكـذلك المشرع المصري واليمني اللذان اشترطا الإعذار في بعض الحالات وبوضوح، وفي حـالات أخرى عبرا عنه بعبارات لا تفي بالغرض كإخطار المتعاقد وإشعاره وإنـذاره. أمـا المشـرع الجزائري، فنعتقد أنه كان موفقا في المادة (99) من المرسوم الرئاسـي للصـفقات العموميـة عندما صرح عن ذلك بما لا يدع مجالا للشك أو اللبس أن يظهر.

(ج) يجب أن تنبسط رقابة القضاء بشكليها - المشروعية والملاءمة - على مختلف أنواع الجزاءات وفي كل العقود الإدارية من دون أي استثناء، فهي ضمانة أساس للمتعاقـد ووسـيلة فعالة لتطمينه ودفعه للتعاقد الإداري، لاسيما في واقع العمل والنشاط الاقتصادي والاجتمـاعي العربي، الذي من سماته تردد الرأسمال الخاص الـوطني مـن المسـاهمة والمشـاركة فـي المشروعات البنيوية الكبيرة. وبذلك نختلف مع مسلك مجلس الدولة الفرنسي في هـذا الصـدد الذي منع المتعاقد من المطالبة بحق إلغاء قرار الإدارة غير المشروع بفسخ عقـدي الأشـغال العامة والتوريد، ومن ثم نتفق مع موقف مجلس الدولة المصري الجريء الذي أطلق صـلاحية القضاء بالنظر في قرارات الإدارة غير المشروعة، سواء من حيث الإلغاء أو التعويض وفـي كل أنواع العقد الإداري، وهو بذلك يشكل علامة فارقة في قضائه الحديث نسبيا مقارنة بالقضاء

الإداري الفرنسي، ويثبت مدى تمتعه باستقلاليته عن سلفه.

(د) إن ذكر المشرع لحالات توقيع الفسخ الجزائي، ما هو إلا ذكر للحالات الأساس ولـيس على سبيل الحصر، وهو الأمر الذي يفهم من تحديد المشرعين اليمني والمصري في تشريعات المناقصات والمزايدات لتلك الحالات. وفي هذا المقام، ندعو المشرع الجزائري إلى اسـتكمال البناء التشريعي لجزاء الفسخ مادام قد تضمن مرسوم الصفقات صراحة خصائص سلطة الإدارة في توقيعه لاسيما في المادة(99) منه، وذلك بإضافة فقرات إلى هذه المادة تتضمن أهم حـالات الفسخ الجزائي.

وبصفة عامة يتعين على الجهات الإدارية المختصة قانونا بـإجراء الفسـخ الجزائـي، أن تتوخى الموضوعية في تقديرها للفعل المنسوب للمتعاقد الذي في ضوئه يتم توقيع هذا الجزاء.

(هـ) لما كان من المستبعد الجزم بأخذ كل من الجزائر واليمن ومصر بالفسـخ الجزائـي على حساب وتحت مسؤولية المتعاقد(المفسوخ عقده) بالشكل الذي أخذت به فرنسـا، وكانـت دراسته تتسم بالتشعب والتعقيد، فإننا نوصي بالآتي:

(هـ 1) لم يأخذ المشرع المصري بالفسخ الجزائي على الحساب وهذا أمر مسلم به فـي مصر، وكذلك خلا كل من قانون المناقصات اليمني ومرسوم الصفقات العمومية الجزائري من الإشارة إليه. غير أن لائحة المناقصات اليمنية ألمحت باقتضاب شديد إلى هذا النوع وكذا دفاتر الشروط الإدارية العامة 1964 المطبقة على صفقات الأشغال العامة في الجزائر بحسب ما بيناه تفصيلا في محتوى الدراسة؛ وإزاء ذلك نقترح إما أن يتم إضافة فقرات أخرى لأهـم أحكـام الفسخ الجزائي على حساب المتعاقد إلى كل من اللائحة ودفاتر الشروط بحيث تتكامل الأحكـام بهما وتتكشف رؤية المشرع تجاه هذا الجزاء. أو بإضافتها إلى كل من قانون المناقصات اليمني

ومرسوم الصفقات العمومية، علما أن الأول لم يتضمن أحكام هذا الجزاء وهو ما يثير اللغط في صحة الإشارة إليه في اللائحة، وكذلك الثاني الذي لم ينظم إلا النوع الآخر من الفسخ (الفسـخ المجرد البسيط) في الوقت الذي جاء ما يخصه في دفاتر الشروط. والافتـراض الثـاني لهـذه الحالة في نظرنا هو الأصح بسبب خطورة هذا النوع من الجزاء على المتعاقد مع الإدارة.

وإما بشطب هذه الإشارات نهائيا من اللائحة والـدفاتر ويـزول بـذلك أي لـبس حـول هذا الجزاء.

(هـ 2) بالاهتمام بدراسة موضوع الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد؛ نظرا للشحة الشديدة في معالجته قانونيا مـن ناحيـة، ومـن ناحيـة ثانيـة لخلـط بعـض هـذه الدراسات - الشحيحة أصلا - بين التنفيذ على حساب وتحت مسؤولية المتعاقد كجزاء ضاغط مؤقت، وبين التنفيذ على حساب وتحت مسؤولية المتعاقد كجزاء فاسخ، وشتان بين الاثنين مـن حيث تنظيمهما وأحكامهما لاسيما من زاوية آثارهما القانونية.

20 - تشير الدراسة إلى أهمية الدور الذي يؤديه القضـاء الإداري فـي صـياغة القواعـد القانونية لسلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري لاسيما في فرنسا وكذلك في مصر وإلى حد ما في الجزائر نظرا لحداثة نشأته، وهو الأمر الذي يدعونا إلى لفت نظـر المشـرع اليمني إلى ضرورة التسريع بإقرار مشروعات القوانين المتعلقة بتنظيم القضاء الإداري اليمني التي طال انتظارها، ومجلس القضاء الأعلى الذي أشار مؤخرا إلى قـرب إجـراء التعـديلات المتعلقة بقيام المحاكم الإدارية الاستئنافية والابتدائية، وليس ذلك فحسب؛ بل إنه أشار إلى قيامه ووزارة العدل بإعداد مشروع قانون لتنظيم إجراءات التقاضي الإداري في لفتـة مهمـة إذ إن العديد من الدول التي تأخذ بالقضاء الإداري المزدوج مازالت تعمل على قـوانين المرافعـات

المدنية، لتتكامل بذلك منظومة التشريعات القانونية المتعلقة بالقضاء الإداري اليمني.

21 ـ إن تطبيق النظام القانوني لسلطة الإدارية الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، يتطلب في الميدان العملي إلى حزمة من الإجراءات التي من شأن جمعها في مشـكاة واحـدة تحقيـق أهداف هذا النظام؛ بل والنظام التعاقدي الإداري بشكل عام، ونوصي بأهمها فيما يأتي:

(أ) سد الثغرات التشريعية المتعلقة بعملية إبرام العقود الإدارية ـ وتنفيذها بطبيعة الحـال كما أشرنا إلى جانب كبير منه في إطار دراستنا للتنفيذ من زاوية السلطة الجزائية ـ ومن أهمها منع التداخل في صلاحيات الجهات الإدارية المختلفة بما في ذلك لجان المناقصات والمزايـدات المركزية والمحلية، وفرض مبدأ العلانية في إجراء المناقصات والمزايدات، وأن تجري عملية فتح المظاريف وتحليل العروض بشكل لا يخل بمبدأ المساواة بين المتنافسين.

(ب) تفعيل دور الأجهزة الرقابية والمحاسبية بمختلف أشكالها وأنواعها، بما في ذلك لجـان مكافحة الفساد التي تم استحداثها مؤخرا تبعا لإقرار الدول لاتفاقية مكافحة الفساد التـي تبنتهـا الأمم المتحدة ـ كما هو في اليمن ـ ومحاسبة المخلين والمقصـرين عـن القيـام بواجبـاتهم القانونية، مشمول بذلك المعاقبة الجنائية وبخاصة في جرائم الرشوة.

(ج) إقامة الندوات القانونية، ودورات التدريب المؤسسي لرجال الإدارة ـ ونسائها طبعا ـ لما من شأنه تلافي مكامن الضعف والقصور في استيعاب نظام التعاقد الإداري، ممـا سـيؤثر إيجابا في عملية تنفيذ منظومة الجزاءات التي تطبقها الإدارة على المتعاقد الذي يقصر عن تنفيذ التزاماته المقررة عليه قانونا.

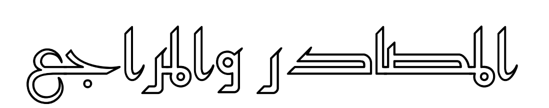
22 ـ تبين من خلال البحث الميداني للعديد من المرافق العامة لاسيما في اليمن والجزائر،أن ثمة بعض السرية في التعامل مع وثائق العقود الإدارية، لذلك نوصي الجهات المختصة بفـتح

الأبواب على مصراعيها للدارسين والباحثين بهدف الاطلاع، ومن دون أي تحفظ أو تلكؤ.

وأخير وليس بآخر، فإن دراسة علمية أو أكثر لموضوع حيـوي ومهـم كسـلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري لن تستطيع الإلمام به، نظرا لخصـوبة وتشـعب مجـال الجزاء الإداري في العقود الإدارية، ولتعدد مصادره وتداخلها فيما بينها؛ لذلك نوصي الباحثين والدارسين لاسيما طلاب الدراسات العليا بأن يولوه العناية المناسبة، ويعطوه الأولوية في أثنـاء اختيارهم لموضوعاتهم العلمية، لاسيما في اليمن التي تخلو تماما من هكذا دراسـة - إذ تعـد رسالتنا الأولى في هذا المجال - و كذلك الجزائر التي تقل بها.

وبهذا أنهي رسالتي التي بذلت فيها الجهد الجهيد حتى أصل بها إلى مـا وصـلت إليـه وإنني لأرجو أن تحقق من المنفعة والفائدة ما كنت أصبو إليه، وأن تكون شمعة تجلي شيئا من عتمة دروب قانوننا الإداري الحديث.

قائمة



قائمة المصادر والمراجع

أولا: باللغة العربية:

(أ) النصوص القانونية:

1 ـ دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971.

2 ـ دستور الجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية لسنة 1996.

3 ـ دستور الجمهورية اليمنية لسنة 2001.

4 ـ القانون العضوي رقم 98ـ01 المؤرخ في 04 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو سنة 1998 بشـأن اختصاصات وتنظيم وعمل مجلس الدولة الجزائري.

5 ـ القانون العضوي رقم 98ـ02 المتعلق بإنشاء المحاكم الإدارية القانون المؤرخ في 4 صفر عام 1419 الموافق 30 مايو سنة 1998.

6 ـ القانون العضوي رقم 98 ـ 03 المؤرخ في 08 صفر عام1419 الموافـق 03 يونيـو سـنة 1998 المتعلق باختصاصات وتنظيم وعمل محكمة التنازع في الجزائر.

7 ـ القانون رقم 112 لسنة 1946 بشأن تشكيل مجلس الدولة المصري، وتعديلاته بالقانون رقم 09 لسـنة 1949، والقانون رقم 165 لسنة 1955، والقانون رقم القانون رقم 47 لسنة 1972.

8 ـ قانون التزام المرافق العامة المصري رقم القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزام المرافـق العامـة وتعديلاته بالقانون رقم 497 لسنة 1954 والقانون رقم 185 لسنة 1958.

9 ـ القانون المدني المصري رقم 181 لسنة 1948.

10 ـ قانون العقوبات المصري رقم 24 لسنة 1951.

11 ـ القانون رقم 686 لسنة 1954 الخاص باستغلال بعض خطوط الأتوبيس في مصر.

12 ـ قانون الإجراءات المدنية الجزائري الصادر بالأمر رقم 66 ـ 154 المؤرخ في 18 صفرعام 1386 الموافق 08 يونيو سنة 1966 المعدل والمتمم بـ: الأمر رقم67ـ67 المؤرخ 26 أبريل1967، الأمر رقـم 69ـ77 المؤرخ في 18 سبتمبر 1969، والأمر رقم 71ـ80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، والأمر رقـم 75ـ 44 المؤرخ في 17 يونيو 1975، والقانون رقم 86 ـ01 المؤرخ في 28 ينـاير 1986، والقـانون رقم 88 ـ 04 المؤرخ في 12 يناير 1988، والقانون رقـم 90 ـ 23 المـؤرخ فـي 18 غشـت 1990 والمرسوم التشريعي رقم 93 ـ 09 المؤرخ في 25 أبريل 1993، والقانون رقم 01 ـ 05 المـؤرخ فـي 22 مايو 2001.

13 ـ القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75 ـ 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88 ـ 14 المؤرخ في 03 ماي 1988.

14 ـ قانون البلدية في الجزائر رقم 90 ـ 08 لسنة 1990.

15 ـ قانون الولاية في الجزائر رقم 90 ـ 09 لسنة 1990.
16 ـ قانون المرافعات اليمني رقم 28 لسنة 1992.
17 ـ قانون المناقصات والمزايدات اليمني رقم 03 لسنة 1997.
18 ـ قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998.
19 ـ القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002، الصادر بتاريخ 2 صفر 1423 هجرية الموافق 15 أبريل 2002.
20 ـ القرار الجمهوري بالقانون رقم 12 لسنة 1994 بشأن الجرائم والعقوبات.
21 ـ الأمر رقم 97 ـ 11 المؤرخ في 11 ذي القعدة عام 1417 الموافق 19 مارس سنة 1997 المتضمن التقسيم القضائي في الجزائر.
22 ـ المرسوم الرئاسي رقم 02 ـ 250 المؤرخ في 24 يوليو سنة 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03 ـ 301 المؤرخ في 11 سبتمبر سنة 2003.
23 ـ المرسوم التنفيذي رقم 89 ـ 01 المؤرخ في 1989/01/15، المتعلق بضبط كيفيات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة باحتكار الدولة للتجارة الخارجية.
24 ـ المرسوم التنفيذي 84 – 24 المؤرخ في19 ماي 1984، المتضمن تحديد صلاحيات وزير التجارة الجزائري.
25 ـ المرسوم التنفيذي رقم 90 ـ 407 المؤرخ في 05 جمادي الثانية عام 1411 الموافق 22 ديسمبر سنة 1990، الذي يحدد قائمة المجالس القضائية واختصاصها الإقليمي في الجزائر.
26 ـ المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 98 ـ 262 المؤرخ في 07 جمادي الأولى عام 1419 الموافق 29 غشت سنة 1998، يحدد كيفيات إحالة جميع القضايا المسجلة و/أو المعروضة على الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا إلى مجلس الدولة.
27 ـ اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني، الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم 234 لسنة 1997.
28 ـ اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، الصادرة بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998.
29 ـ دفاتر الشروط الإدارية العامة، الصادرة في 21 نوفمبر 1964، عن وزارة إعادة البناء والأشغال العمومية والنقل، والمطبقة على صفقات الأشغال العامة في الجزائر.
30 ـ تعليمة وزير تعليمة وزير الداخلية الجزائري المؤرخة في 1994/09/07 الموجهة إلى السادة الولاة بالاتصال مع رؤساء الدوائر ورؤساء المجالس الشعبية البلدية ورؤساء المندوبيات التنفيذية تحت رقم 842/0394، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.

(ب) الموسوعات والمعاجم:

31 ـ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مطبعة مصر، الجزء الثاني، سنة 1961.
32 ـ معجم الرائد لجبران مسعود، دار العلم للملايين، بيروت، 1978، المجلد الأول والثاني.

33 ـ موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الحادي عشر، الصادرة عن المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية القاهرة 1394 هجرية.

(ج) المراجع العامة:

34 ـ إبراهيم محمد علي، الوسيط في القانون الإداري، 1977.

35 ـ أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، الطبعة الثانية 1954.

36 ـ أحمد شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الأولى 1994.

37 ـ أحمد علي البشاري، المالية العامة مع التطبيق في الجمهورية اليمنية، دار الفكر المعاصر، صنعاء الطبعة الأولى، 1999 ـ 2000.

38 ـ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام والإثبات، 1967.

39 ـ البشير التكاري، مدخل إلى القانون الإداري، المدرسة القومية للإدارة، مركز البحوث والدراسات الإدارية، تونس، الطبعة الثانية، 2000.

40 ـ أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية (ترجمة محمد عرب صاصيلا)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1979.

41 ـ بكر القباني ومحمود عاطف البنا، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة 1970.

42 ـ توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 54 ـ 1955، القاهرة.

43 ـ ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، طبعة 1968, 1971.

44 ـ حسن علام، موجز القانون القضائي الجزائري، طبعة 1972.

45 ـ جورج فيديل وبيار دولفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2001.

46 ـ خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الكتاب الثاني الطبعة الأولى، 1997.

خالد عمر باجنيد:

47 ـ القانون الإداري اليمني، مطبعة جامعة عدن، عدن، الطبعة الأولى.

48 ـ القضاء الإداري وخصوصيته "دراسة مقارنة"، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، عدن، 2001.

49 ـ محاضرات في مساق القضاء الإداري، عدن، الطبعة الأولى، 1998.

50 ـ رشيد خلوفي، القضاء الإداري "التنظيم والاختصاص"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2002.

51 ـ سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، الجزء الأول والثاني.

سليمان محمد الطماوي:
52 ـ القضاء الإداري، الكتاب الثالث، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، 1979.
53 ـ مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، سنة 1973.
54 ـ الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.
55 ـ طعيمة الجرف، القانون الإداري "دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة"، طبعة 1963، مكتبة القاهرة الحديثة؛ الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
56 ـ عبد الحي حجازي، موجز النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المطبعة العالمية القاهرة، 1962.
عبدالرزاق السنهوري:
57 ـ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، 1963.
58 ـ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت ـ لبنان، الجزء الأول، ابريل 1952.
59 ـ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، المجلد الثاني، آثار الالتزام، طبعة 1982.
60 ـ عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الثاني، الأشغال العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
61 ـ عبد العليم عبد المجيد مشرف، الوجيز في القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 ـ 2002.
62 ـ عبد الغني بسيوني عبد ا ، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.
63 ـ عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية بغداد، 1970.
64 ـ عبد المنعم حسني، المدونة الذهبية للقواعد القانونية، مركز حسني للدراسات القانونية، الطبعة الأولى 1988.
65 ـ عبد المنعم محفوظ، القانون الإداري "دراسات تأصيلية مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة"، الكتاب الثاني، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1979.
66 ـ عبد ا طلبه، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، منشورات جامعة دمشق،1992 ـ 1993.
67 ـ عثمان خليل، القانون الإداري "الإدارة وتنظيمها"، الطبعة الثانية، 1950.
68 ـ عز الدين الأنصاري وعبد المجيد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، 1988.
69 ـ عصام البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، القاهرة، 1971.
70 ـ علي محمد بدير وعصام عبد الوهاب البرزنجي ومهدي ياسين، مبادئ وأحكام القانون الإداري مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة بغداد، 1993.

71 ـ عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر بين نظام الوحدة والازدواجية، دار ريحانـة، الجزائـر الطبعة الأولى، 2000.

عمار عوابدي:

72 ـ القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2000.

73 ـ النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعـات الجامعية، 1995.

74 ـ فتحي عبد الصبور، الآثار القانونية لقانون التأميم والحراسة الإدارية علـى الأمـوال، عـالم الكتـب القاهرة، الطبعة الثانية، 1967.

فؤاد العطار:

75 ـ مبادئ القانون الإداري، الطبعة الثالثة، 1976.

76 ـ فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

77 ـ ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985.

78 ـ محمد أنس قاسم جعفر وعبد العظيم عبد السلام، النشاط الإداري، دار النهضة العربية، 2000.

79 ـ محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2002.

80 ـ محمد عبد الحميد أبو زيد، القضاء الإداري، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1988.

81 ـ محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القـانون الجزائـري "دراسـة مقارنة في ظل قانون الأملاك الوطنية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.

82 ـ محمد كامل ليلة، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى،1962.

83 ـ محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، الجزء الأول، الالتزامات، مـن دون ذكر جهة النشر وسنته.

84 ـ محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعـاوني، الطبعـة الأولى، القاهرة، 63 ـ 1964.

85 ـ محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

86 ـ محمد يعقوب السعيدي، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، من دون ذكر دار وسنة النشر، بغداد.

87 ـ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، 1978.

88 ـ محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1995.

محمود محمد حافظ:

89 ـ دروس في القانون الإداري، رقابة القضاء لأعمال الإدارة، 1956.

90 ـ محمود محمد حافظ، القضاء الإداري "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعـة الثالثـة 1966.

91 ـ محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثالثة، 1958.

92 ـ مصطفي أبو زيد فهمي، المنازعات الإدارية، من دون ذكر دار النشر، 1976.

93 ـ مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، ديـوان المطبوعـات الجامعيـة الجزائر، 1998.

94 ـ مطهر إسماعيل العزي، القضاء الإداري وموقف المشرع اليمني منه "الدعاوى الإدارية في التشريعات اليمنية "، صنعاء الجمهورية اليمنية، من دون ذكر دار النشر، 2001 ، ص 23.

95 ـ ناصر لباد، القانون الإداري Le droit administratif، الجزء الثـاني، النشـاط الإداري، الطبعـة الأولى، 2004.

96 ـ نبيلة عبد الحليم كامل، الوجيز في القانون الإداري المغربي، دار النشر المغربية، 1981.

97 ـ وحيد رأفت، القانون الإداري، 38 ـ 1939.

98 ـ وحيد رضا سوار، القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، طبعة 1975.

99 ـ يحيى الجمل، حصاد القرن العشرين في علم القانون، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006.

(د) المراجع المتخصصة:

100 ـ إبراهيم سيد أحمد، الحماية الجنائية للعقود الإدارية والمدنية "فقها وقضـاء"، دار الكتـب القانونيـة المحلة الكبرى، 2005.

101 ـ إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، 1981.

102 ـ إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

103 ـ إبراهيم محمد علي وجمال عثمان جبريل، العقود الإدارية، 1996.

104 ـ أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T، دار النهضة العربية، 2003.

105 ـ أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية "طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايـدات"، مـن دون جهـة وسنة النشر.

106 ـ بلعيور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، الجزائر، 2001.

107 ـ جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

حسين درويش عبد العال:

108 ـ النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة الانجلو مصرية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 1958.

109 ـ السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقود الإدارية، 1961.

110 ـ حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، الطبعة الأولـى 2002.

111 ـ حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة،1996.

112 ـ حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشـأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

113 ـ رأفت فودة، العقود الإدارية والأموال العامة، طبعة 1995.

114 ـ رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية "شروط قبول دعوى تجـاوز السـلطة ودعـوى القضـاء الكامل"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1989.
115 ـ رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض "مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية"، 1992.
116 ـ رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سـلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري، دار النهضة العربية، 1992.
117 ـ زكي محمد النجار، حدود سلطات الإدارة في توقيع عقوبة الغرامة "دراسة تأصيلية للجزاءات المالية وضوابط توقيعها في كل من النظام التأديبي والعقود الإدارية والقانون الإداري الجنائي"، دار النهضة العربية القاهرة، 1999 ـ 2000.
سعاد الشرقاوي:
118 ـ العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية.
119 ـ دروس في دعوى الإلغاء، القاهرة، 1980.
سليمان الطماوي:
120 ـ الأسس العامة للعقود الإدارية"دراسة مقارنة"، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، 1991.
121 ـ النظرية العامة للقرارات الإدارية"دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، 1976.
122 ـ سليمان مرقص، أصول الالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، 1960.
123 ـ سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1991.
124 ـ شابو جمال الدين ومنصوري بشير، الصفقات العمومية، الجزائر، وزارة التربية الوطنية، 1997.
125 ـ صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المشاكل العملية والحلـول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
126 ـ عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، 1994.
127 ـ عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقـه والقضـاء والتشـريع، منشـأة المعـارف الإسكندرية، 2003.
128 ـ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، 2006.
129 ـ عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية "دراسـة مقارنـة" دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
130 ـ عبد المجيد محمد فياض، العقد الإداري في التطبيق العملي، المكتبة القانونية،1983.
131 ـ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، 2001 ـ 2002.
132 ـ عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة،1981.
133 ـ عمر حلمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري، بمنازعات العقود الإدارية، دار النهضـة العربيـة القاهرة، 1993.
134 ـ عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقـا لنظـام الـ ـ B. O. T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

135 ـ عيسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1985.

136 ـ فاروق أحمد خماس ومحمد عبد ا الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1992.

137 ـ قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2004.

138 ـ مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2002.

139 ـ محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية القاهرة، 2000.

140 ـ محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

141 ـ محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، 2000.

142 ـ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.

محمد عبد العال السناري:

143 ـ التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة النشر.

144 ـ مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون ذكر سنة النشر.

محمد فؤاد عبد الباسط:

145 ـ أعمال السلطة الإدارية "القرار الإداري والعقد الإداري"، مكتبة الهداية، الإسكندرية، 1989.

146 ـ العقد الإداري "المقومات والإجراءات والآثار"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

147 ـ محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، القاهرة، 1974.

148 ـ محمد يوسف المعداوي، مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الثاني، الأشغال العامة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.

محمود حلمي:

149 ـ العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1977.

150 ـ قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، 1977، ص167.

151 ـ محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، بيت الحكمة للنشر والترجمة والتوزيع، جامعة بغداد 1989.

152 ـ محمود سامي جمال الدين، قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية، 1992.

153 ـ محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار العلوم للطباعة والنشر، الرياض، الطبعة الأولى، 1984.

154 ـ محمود محمد علي صبره، ترجمة العقود الإدارية، مكتبة صبره للترجمة، الطبعة الثانية، 1998.

155 ـ مصطفى عبد المقصود سليم، الوكالة في إبرام العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1995.

(هـ) الرسائل والمذكرات العلمية:

156 ـ إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس، 2003.

157 ـ إبراهيم محمد علي، نظرية الاعتداء المادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس.

158 ـ أحمد خورشيد حمدي المفرجي، سلطة الإدارة في سحب العمل في عقود الأشغال العامة "دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير، 1979.

159 ـ أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، (رسالة دكتوراه، كلية حقوق جامعة القاهرة) دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.

160 ـ أحمية سليمان، النظام القانوني للعقود المبرمجة وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ـ جامعة الجزائر، 1987.

161 ـ أنيسة قريشي، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ـ جامعة الجزائر 2002.

162 ـ حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

163 ـ حميد بن علية، مفهوم ومحتوى العقد الإداري في القضاء الإداري الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ـ جامعة الجزائر، 2001.

164 ـ خالد مرموص الحمداني، سلطة الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة، مذكرة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1987.

165 ـ رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة"دراسة مقارنة" مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ـ جامعة بغداد، مطبعة العزي الحديثة، النجف، الطبعة الأولى، 1976.

166 ـ زكي محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية"دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1981.

167 ـ السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، مذكرة ماجستير، كلية حقوق ـ جامعة طنطا، 1994.

168 ـ عبد القادر رحال، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، معهد القانون والعلوم الإدارية، جامعة تيزي وزو، 1990.

169 ـ عبس عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة، 1997.

170 ـ عبد غلام محمد، تطور النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة نهاية الدراسات العليا في المالية المعهد الوطني للمالية، القليعة، 1992.

171 ـ عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس، 1974.

172 ـ علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس، 1975.

173 ـ فتح ا أبو سكينة، نظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس، 1995.

174 ـ لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية المرسوم الرئاسي رقم250ـ 02 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ـ جامعة الجزائر، 2006 ـ 2007.

175 ـ محمد سعيد أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس، 1983.

176ـ محمد الصالح فنيش، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدها، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية(بن عكنون) جامعة الجزائر، 1987.

177 ـ محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة الزقازيق، 1993.

178 ـ محمد عبد ا محمود الدليمي، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ـ جامعة بغداد، 1983.

179 ـ محمد منير، قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس 1988.

180 ـ محمود خليل خضير، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة بغداد، 1991.

181 ـ نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام في النظامين المصري والفرنسي "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة، 1998.

182 ـ هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس، 1979.

183 ـ وليد فاروق جمعة، حماية المقاول في إطار عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه،كلية حقوق جامعة عين شمس، 2000.

184 ـ يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وفي قانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، بحث مقدم للحصول على دبلوم الدراسات العليا في القانون العام معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بن عكنون، دورة أكتوبر 1977.

(و) المقالات العلمية:

185 ـ أحمد رفعت خفاجي، طبيعة الغرامة التعاقدية في العقود الإدارية، مقال منشور في مجلة المحاماة المصرية، 1956، السنة 36، العدد 10.

186 ـ إسماعيل عبد الحميد، طبيعة شرط مصادرة التأمين في العقد الإداري، مقال منشور في مجلة قضايا الحكومة، السنة 10، العدد 03، 1961

187 ـ أندريه دي لوبادير، سلطة الإدارة في أن تفرض من جانب واحد تعديلات على شروط العقد، مقال منشور باللغة العربية في مجلة إدارة قضايا الحكومة المصرية، السنة 01، العدد 04، 1957.

188 ـ أنور أحمد رسلان، "نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة"، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة 48، العددان 03 ـ 04، 1978.

189 ـ ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، سبتمبر ديسمبر 1957، السنة 27، العددان 03 ـ 04.

حسين درويش عبد العال:

190 ـ أسباب انقضاء العقود الإدارية، مقال منشور في مجلة العدالة، أبو ظبي العدد 29، السنة 08 أكتوبر1981.

191 ـ انقضاء العقود الإدارية، مقال منشور في مجلة العدالة، أبو ظبي، العدد 30، السنة 09، يناير1982.

192 ـ الجزاءات المالية في العقود الإدارية، مقال منشور في مجلة العدالة أبوظبي، العدد 17، السنة 05 يناير 1978.

193 ـ وسائل الضغط في العقود الإدارية، مقال منشور في مجلة العدالة، أبوظبي، العدد 18، السنة 06 يناير1979.

194 ـ إلغاء العقد الإداري، مقال منشور في مجلة العدالة، أبو ظبي، العدد 19، السنة 06، أبريل 1979.

195 ـ رمضان غناي، عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية تعليق على قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2003/04/08 ملف رقم 014989، مقال منشور في مجلة مجلس الدولة، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 04، 2003.

196 ـ سعيد عبد الرزاق باخبيره، الأحكام الحديثة لنظام البوت B.O.T وتطبيقاته في الجمهورية اليمنية مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، المجلد 10، عدد 20، يناير ـ يونيو 2007.

197 ـ عبد الباقي نعمة عبد ا ، "السلطة التقديرية للإدارة"، مقال منشور في مجلة العدالة، أبوظبي، العدد 35، السنة 10، ابريل 1983.

198 ـ عبد الحميد حشيش، القرارات القابلة للانفصال وعقود الإدارة، مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة، السنة 66، العدد 36، 1975.

199 ـ عبد المنعم عبد العزيز خليفة، "إلغاء القرار الإداري لحياد الهدف المخصص لإصداره"، مقال منشور في مجلة المحاماة، سنة 2001، العدد 01.

200 ـ عبد الناصر توفيق العطار، ماهية العيب وشروطه في عقد البيع، مقال منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة المصرية، السنة 16، العدد 02.

201 ـ محمد بن ناصر، إجراءات الاستعجال في المادة الإدارية، مقال منشور في مجلـة مجلـس الدولـة الجزائري، العدد 04، 2003.
202 ـ محمد علي جواد، التعاقد من الباطن ومبدأ الاعتبار الشخصي، مقال منشور فـي مجلـة الثوابـت صنعاء، العدد 21، يوليو ـ سبتمبر 2000.
203 ـ محمود أبو السعود، "سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري"، مقال منشـور فـي مجلـة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس، العدد 01، يناير1997، السنة 39.
مصطفى كمال وصفي:
204 ـ تأثير إنهاء التزام المرفق العام على عقود العمل"، مقال منشور في مجلة العلـوم الإداريـة، 1965 السنة 07، العدد 02.
205 ـ سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، مقال منشـور فـي مجلـة العلـوم الإدارية، السنة 13، العدد 01، 1971.
206 ـ موريس أندريه فلام، تقريره الذي تقدم به إلى المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية عـن "عقـود الأشغال العامة"، المنشور باللغة العربية في مجلة العلوم الإدارية، عدد يونيو، سنة 1959.
207 ـ يحيى خير الدين، "القضاء المستعجل في العقود الإدارية"، مجلة قضايا الدولة، السنة 03، العـدد 01 يناير ـ مارس 1959.

(ز) المحاضرات والدروس:
208 ـ إبراهيم أبو النجا، دروس ماجستير (غير مطبوعة)، مادة النظرية العامـة للفسـخ، فـرع: العقـود والمسؤولية، معهد الحقوق (بن عكنون) السنة الدراسية 78 ـ 1979؛ 82 ـ 1983.
209 ـ ثروت بدوي، مذكرات في العقود الإدارية، ملخص المحاضرات التي ألقيت على طلبـة الـدكتوراه للسنة الأولى بمعهد العلوم الإدارية، 57 ـ 1958.
210 ـ شريف بن ناجي، دروس ماجستير (غير مطبوعة)، مـادة الصـفقات العموميـة، فـرع: الدولـة والمؤسسات والعمومية، كلية الحقوق (بن عكنون) جامعة الجزائر، السنة الدراسية 2006ـ2007.
211 ـ عبد المجيد عبد الحفيظ، تعاقدات الإدارة، محاضرات ألقيت على طلاب الدورة التدريبية التي نظمتها جمعية إدارة الأعمال العربية، مركز التدريب، القاهرة،1997.
212 ـ محمد حسنين، الوجيز في نظرية العقد ونظرية الالتزام بوجه عام في القـانون المـدني الجزائـري مطبوعة جامعية خاصة بطلبة الماجستير، فرع: العقود والمسؤولية، معهد الحقوق (بـن عكنـون)، السـنة الدراسية 80 ـ1981.
213 ـ محمد صالح بن عيسى، الدعوى المتعلقة بمسؤولية الإدارة أمام المحكمة الإدارية، محاضرة ألقيـت في ملتقى إصلاح القضاء الإداري الذي نظمته كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتـونس، مركـز النشر الجامعي، 1997.
214 ـ موسى بوصوف، نظام محافظ الدولة في مجلس الدولة والمحاكم الإدارية "مكانته ودوره"، محاضرة ألقيت في كلية الحقوق ـ جامعة باجي مختار، منشورة في مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد04، 2003.

(ح) المجموعات القضائية:

215 ـ مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، الصادرة عن المكتب الفني، السنوات 14، 18.

216 ـ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية، السنوات 02،05،07ـ13،15ـ 17،23،25،27،30،33،34، الصادرة عن المكتب الفني بمجلس الدولة.

217 ـ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصرية، السنوات 07،08،10،11، 12،15 الصادرة عن المكتب الفني بمجلس الدولة.

218 ـ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في العقود الإدارية في خمسة عشرة عاما (أول أكتوبر 1955 إلى آخر سبتمبر 1970) الصادرة عن المكتب الفني بالمجلس.

219 ـ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشرة عاما (1965 1980 الصادرة عن المكتب الفني بمجلس الدولة المصري.

220 ـ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات (1966 ـ ـ 1969) الصادرة عن المكتب الفني بمجلس الدولة المصري.

221 ـ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، السنتان 43 ـ 44 (من أول أكتوبر 1988 إلى آخر سبتمبر 1990).

222 ـ الموسوعة الإدارية الحديثة: مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية منذ عام 1946 1985 (الجزء الثامن عشر)، ومنذ 1985 ـ 1993 (الجزء الخامس والثلاثون) تحت إشراف نعيم عطية وحسن الفكهاني، إصدار الدار العربية للموسوعات، القاهرة.

223 ـ الموسوعة الإدارية الحديثة: مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية، الجزء التاسع والأربعين.

224 ـ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة في عشر سنوات 1960 ـ 1970 (مجموعة أحمد سمير أبو شادي)، الدار القومية للطباعة، القاهرة 1970.

225 ـ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع (مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاما) الصادرة بمناسبة اليوبيل الذهبي لمجلس الدولة المصري.

226 ـ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة في خمسة عشرة عاما1965 ـ 1980 (مجموعة أحمد سمير أبو شادي).

227 ـ مجلة المحاماة، العدد 01، 2002.

228 ـ مجلة المحاماة، العدد 02، 2002.

229 ـ مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 01، 2002.

230 ـ مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 03، 2003.

231 ـ مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 04، 2003.

(ط) المجلات والصحف:

ـ مجلة الثوابت: يصدرها معهد الميثاق اليمني التابع للمؤتمر الشعبي العام.

ـ مجلة العدالة: تصدرها وزارة العدل الإماراتية.

ـ مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية: تصدرها جامعة عدن.

ـ مجلة العلوم الإدارية: تصدرها الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية.

ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية: تصدرها كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة.

ـ مجلة القانون والاقتصاد: تصدرها كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة.

ـ مجلة قضايا الحكومة (قضايا الدولة لاحقا): تصدرها هيئة قضايا الدولة المصرية.

ـ مجلة مجلس الدولة: تصدر عن مجلس الدولة الجزائري.

ـ مجلة المحاماة: تصدرها نقابة المحامين المصريين.

ـ مجلة مصر المعاصرة: تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والتشريع والإحصاء.

ـ ملحق مجلة الوقائع المصرية.

ـ صحيفة 14 أكتوبر، عدن اليمن.

ـ صحيفة الأهالي، صنعاء، اليمن.

ـ صحيفة الأيام، عـدن، اليمن.

ـ صحيفة الدستور، صنعاء، اليمن.

ـ صحيفة الصحوة، صنعاء، اليمن.

ـ صحيفة الناس، صنعاء، اليمن.

ـ صحيفة الوسط، صنعاء، اليمن.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

(A)Textes juridiques:

1 - Code civil français, Dalloz, Paris 1964.

2 - Décret N°. 76 - 432 du 21 Janvier 1976, concernant les cahiers de charges administratifs généraux impliqués sur les marchés des travaux généraux en France.

3 - Décret N°. 77 - 699 du 27 Mai 1977, concernant les cahiers de charges administratifs généraux impliqués sur les marchés de fournitures en France.

(B) Ouvrages généraux:

4 - Blumann (C.), La renonciation en droit administratif français, L.G.D.J, Paris 1974.

5 - Bonnard (Roger), Précis de droit administratif, 04ème édition, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1943.

6 - Bourjol (Maurice), Droit administratif, l'action administratif, Paris, 1972.

7 - Duguit (L.), Traité de droit constitutionnel , 03ème édition , Tome 01, 1927; Tome 02, 1928.

8 - Hauriou(M.), Précis élémentaire de droit administratif, 1903.

9 - Jeze (Gaston), Les principes généraux du droit administratif, 03ème édition première partie, Paris, 1934, Marcel Girad; Troisième partie, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1936.

10 - Laferriere(E.),Traité de la juridiction administrative et des recours,02ème édition Tome 02, Paris, 1888 - 1896.

11 - Vedel (G.), Droit administratif , 05ème édition , Paris, 1973.

Waline (M.):

12 - Traité de droit administratif, éditions Sirey, Paris, 09ème édition, 1963.

13 - Précis de droit administratif, Paris, 1970.

(C) Ouvrages spécialisés:

14 - De laubadère (André),Traité théorique et pratique des contrats administratifs Tome 01,02,03, Paris, 1956, Librairie générale de droit et de jurisprudence.

15 - Jeze (Gaston), Les Contrats administratifs ,Tome 04, 1936.

16 - Josse (P.L.), Les travaux publics et l'expropriation, Sirey, Paris, 1958.

17 - Georgel (Jacques),Théorie générale des contrats administratifs, J.C.A, fasc. 510,1968.

18 Le Clear (J.), Les marchés de fournitures et de travaux publics, charles - lavauzelle Paris, 1949.

19 - Flamme(Maurice André),Traité théorique et pratique des marchés publics,Tome 02, Bruxelles, Bruylant, 1969.
20 - Montmerle (Jacques), Passation et exécution des marchés des travaux publics Paris, 1967.

(D) Thèses:

21 - Badaoui (Saroit), Le fait du prince dans les contrats administratif, thèse, Paris 1955.
22 - Blondeau(A.), La concession de service public, thèse, Grenoble, 1929.
23 - Erb (Roger), La mise en régie dans les marchés de travaux publics, thèse, Nancy 1944.
24 - Fougerolle (Philippe), La déchéance de l'entrepreneur, thèse, Paris, 1933.
25 - El - Attar(Fouad), Le marché de travaux publics, thèse, paris 1953, ed. 1955 le Caire.
26 - Pequignot (G.), Théorie générale du contrat administratif, thèse,Montpellier Paris, 1945.
27 Polack (H.), Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de service public en cas de manquements à ses obligations, thèse, paris, 1946, Libraire Rousseau, paris 1958.

(E) Articles:

28 - L'Huillier(J),Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration? D. 1953, Chronique, p.87 et suivants.

(F) Notes de jurisprudence:

29 - C.E. 06 Décémbre 1907, Cie du nord, Rec. p. 919; Conclusions Tardieu.
30 - C.E . 18 Juillet 1930, Cie .P.L.M., R.D.P., 1931, p. 141; Conclusions Josse.

(G) Revues et recuils:

- Recueil des arrêts du conseil d'Etat - Lebon - (Rec).
- Revue du droit public et de la science, Politique (R.D.P).
- Recueil Dalloz.(D)
- Jurisclasseur administratif J.C.A .
- Recueil Sirey (S).

فهرس المحتويات

الباب الثاني

القواعد الخاصة بأنواع الجزاءات التي توقعها الإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري